NICHTIGKEIT DER WAHLEN DER ARBEITNEHMERVERTRETER ZUM AUFSICHTSRAT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

Rainer Held
aus Stuttgart

1983

NICHTIGKEIT DER WAHLEN
DER ARBEITNEHMERVERTRETER
ZUM AUFSICHTSRAT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

Rainer Held
aus Stuttgart

1983

Dekan:	Professor Dr. Dr. Klaus Hopt
1. Berichterstatter:	Professor Dr. Wolfgang Zöllner
2. Berichterstatter:	Professor Dr. Dieter Reuter

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Januar 1983

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsübersicht

Einleitung 7

§ 1 Die Formen gesetzlicher Zusammensetzung des Aufsichtsrates 9

I. Gesellschaften, für die das Mitbestimmungsgesetz gilt 9
II. Gesellschaften, für die das Montan-Mitbestimmungsgesetz gilt 11
III. Gesellschaften, für die § 76 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz 1952 gilt 13

§ 2 Überblick über die Abgrenzung zwischen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen nach dem Stand der Rechtsprechung und Literatur 15

1. Die Rechtsprechung zum Betriebsrätegesetz 15
2. Der „Verstoß gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl" 16
3. Der „grobe und offensichtliche" Verstoß 17
4. Der Hinweis auf die vergleichbare Lage bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner 18
5. Die Situation beim Montan-Mitbestimmungsgesetz 19

§ 3 Kritik von Rechtsprechung und Literatur. Eigener Lösungsansatz 21

I. Die Abgrenzungsformeln von Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen 21
1. Evidenz des Verstoßes 21
a) Verknüpfung von Schwere und Offensichtlichkeit eines Fehlers 22
b) Zumutbarkeit der Anfechtung bei offensichtlichen Mängeln 23
c) Unterschiedliches Kompetenzdefizit im Erkennen von Fehlern durch die Anfechtungsberechtigten 24
2. Fehlen des Anscheins einer Wahl 26
II. Gründe für die Notwendigkeit einer fallgruppenbezogenen Nichtigkeit 27
1. Nichtigkeit von Wahlen und Rechtssicherheit 28
a) Das aktienrechtliche Enumerationsprinzip 28
b) Das Erfordernis der Rechtssicherheit bei den Arbeitnehmerwahlen 29
aa) Interessen der Arbeitnehmer 30
bb) Gläubigerinteressen 31
cc) Gesellschafter-(Aktionärs-)interessen 32

c) Die Parallele zum parlamentarischen Wahlrecht 34
d) Rechtssicherheit durch Nichtigkeit 34
2. Bestimmung der Fallgruppen in Übernahme der Nichtigkeitsgründe des Aktiengesetzes 35

§ 4 Systematisierung der Nichtigkeitsgründe für die Mitbestimmungsgesetze 40

I. Nichtigkeit bei einem Verstoß gegen die §§ 96 Abs. 2, 97. Abs. 2 Satz 1, 98 Abs. 4 Aktiengesetz 40
1. Sinn des aktienrechtlichen Nichtigkeitsgrundes 41
2. Übernahme des Nichtigkeitsgrundes 42
3. Die einzelnen Unterfälle der Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter 44
a) Verstöße bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats 44
b) Verstoß bei der erstmaligen Bildung eines Aufsichtsrats 45
c) Wechsel der zahlenmäßigen Zusammensetzung 47
II. Nichtigkeit nach § 250 I Nr. 2 Aktiengesetz 49
III. Nichtigkeit der Arbeitnehmerwahl entsprechend § 250 I Nr. 3 Aktiengesetz 51
1. Die Anwendungsbreite des aktiengesetzlichen Nichtigkeitsgrundes 51
2. Nichtigkeit der Arbeitnehmerwahl bei Überschreitung der anteilmäßigen Höchstzahl 52
3. Der Unterschied zum Nichtigkeitsgrund des § 250 I Nr. 1 Aktiengesetz 53
4. Überschreiten der einer Arbeitnehmergruppe oder den Gewerkschaftsvertretern zustehenden anteilmäßigen Höchstzahl 55
5. Die Anwendung dieses Nichtigkeitsgrundes in den einzelnen Mitbestimmungsgesetzen 56
IV. Wählbarkeitsmängel 57
1. Die gesetzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen 57
2. Die Behandlung von Wählbarkeitsmängeln 59
a) Die ausschließliche Einordnung als Anfechtungsgrund 59
b) Die Übernahme des Nichtigkeitsgrundes des § 250 I Nr. 4 Aktiengesetz – Wertungsgesichtspunkte 61
c) Die Nichtwählbarkeitsfeststellung entsprechend § 24 I Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz 63
3. Ergebnis 64
V. Entsprechende Anwendung der §§ 250 I, 241 Nr. 1 und 2 Aktiengesetz. Verletzung eines Mindestbestands formeller Voraussetzungen bei der Einleitung und Durchführung einer Wahl zum Aufsichtsrat 65
VI. Nichtigkeit der Wahl von Wahlmännern im Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze 68
1. Eigenständige Nichtigkeit dieser Wahl 68
2. Nichtigkeitsgründe 70

3. Rechtsfolgen der nichtigen Wahl der Wahlmänner im Hinblick auf die nachfolgende Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer 71
VII. Keine Übertragbarkeit weiterer zur Betriebsratswahl angenommener Nichtigkeitsgründe 72
1. Die unzulässige Wahlbeeinflussung 72
2. Vorzeitige Öffnung der Wahlurne 74
3. Wahl eines zweiten Repräsentativorgans 74
4. Nichtbeachtung der im Gesetz vorgeschriebenen Wahlart 75

§ 5 Feststellung der Nichtigkeit der Wahl 77
I. Die aktienrechtliche Nichtigkeitsklage 77
II. „Kassatorischer Nichtigkeitsantrag" der Wahl der Arbeitnehmervertreter? 79
1. Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bei Verfahren über kassatorische Anträge betreffend die Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat 81
2. Antragsbefugnis und Rechtsschutzinteresse 82
3. Die inter-omnes-Wirkung des Beschlusses 85

Literaturverzeichnis 87

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547612_0039

Einleitung

Das Mitbestimmungsgesetz vom 8.5.1976 hat für eine große Zahl von Unternehmen eine gegenüber dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 erweiterte Mitbestimmung der Arbeitnehmer eingeführt. Arbeitnehmermitbestimmung vollzieht sich nunmehr auf der Grundlage von vier verschiedenen Regelungskomplexen, die untereinander lückenlos abgegrenzt sind.[1]

Institutionell setzt die Mitbestimmung nach allen vier Gesetzen am Unternehmensorgan Aufsichtsrat an. In mitbestimmten Unternehmen besteht der Aufsichtsrat aus Vertretern der Anteilseigner, der Arbeitnehmer sowie im Falle der Geltung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes aus weiteren Mitgliedern. Sofern die Aufsichtsratsmitglieder gewählt und nicht entsandt werden, stellt sich das Problem ihrer mangelhaften Wahl. Dabei wird unter den sanktionsbehafteten Fehlern zwischen Mängeln unterschieden, die lediglich zur Anfechtung berechtigen, und solchen, die die Nichtigkeit der Wahl nach sich ziehen. Während für die Anfechtung der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat Regelungen vorhanden sind, fehlen in allen vier Mitbestimmungsgesetzen Normierungen über die Nichtigkeit der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer. Gleichwohl wird allgemein davon ausgegangen, daß deren Wahl nichtig sein kann.

Der Begriff der Nichtigkeit einer Wahl schließt an zivilrechtliche Vorstellungen für die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften an. Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften wird als Unterfall der Unwirksamkeit angesehen. Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, das nicht die seinem Inhalt entsprechenden Wirkungen hervorzubringen vermag[2]. Ein nichtiges Geschäft hat niemandem gegenüber Wirkungen. Jedermann soll sich auf die Nichtigkeit berufen können. Die Nichtigkeit ist von Anfang an gegeben. Sie haftet dem Geschäft bereits an. Möglich ist die klageweise Feststellung der Nichtigkeit, wobei mit Wirkung ex tunc die Unwirksamkeit festgestellt wird.

Die Anfechtbarkeit ist die Möglichkeit, mit Hilfe eines Rechtsbehelfs die Unwirksamkeit des Geschäftes herbeizuführen. Die Besonderheit im Vergleich zur Nichtigkeit ist, daß nach der h.L. das Geschäft wirksam ist, wenn es nicht angefochten wird; es gibt keine per-se-Unwirksamkeit, ihre Herbeiführung ist an einen Rechtsbehelf mit Ausschlußfrist gebunden.

Gegenstand dieser Arbeit soll die Bestimmung der Nichtigkeitsgründe für die Arbeitnehmerwahlen nach den vier Mitbestimmungsregelungen sein. Dabei wird der Versuch unternommen, Parallelen zu den Nichtigkeitsgründen für die Wahl

---

1 Vgl. § 1 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz; § 1 Montanmitbestimmungsgesetz; §§ 2, 3 Abs. 1, 14 Mitbestimmungsänderungsgesetz; § 85 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz 1952.

2 Vgl. Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 169.

der Anteilseignerverteter zum Aufsichtsrat zu ziehen, die in § 250 Aktiengesetz ihre gesetzliche Normierung gefunden haben. Durch die Absicht einer enumerativen Auflistung der Nichtigkeitsgründe für die Arbeitnehmerwahlen zum Aufsichtsrat wird dabei auch eine Abgrenzung zur anfechtbaren Wahl angestrebt.

§ 1
Die Formen gesetzlicher Zusammensetzung des Aufsichtsrates

Zum Verständnis der vier verschiedenen Mitbestimmungsregelungen ist zunächst eine Zusammenstellung erforderlich, wie der Aufsichtsrat nach innen jeweils zusammenzusetzen ist. Dies ist deshalb notwendig, weil unterschiedliche Wahlkörper für die Wahl der Arbeitnehmervertreter vorgesehen sind. Sofern die Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz in Frage steht, findet die Wahl durch die Hauptversammlung statt. In den anderen Fällen wählen die Arbeitnehmer ihre Vertreter selbst.

1. Bei Gesellschaften, für die das Mitbestimmungsgesetz gilt[1], ist als gesetzliche Regelform gemäß § 7 Mitbestimmungsgesetz vorgesehen, daß ein Unternehmen mit weniger als 10 000 Arbeitnehmern[2] sich aus jeweils 6 Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und Arbeitnehmer zusammensetzt[3]. Bei Unternehmen mit

---

1 Das Mitbestimmungsgesetz gilt für Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, einer GmbH, einer bergrechtlichen Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit oder einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft. Das Unternehmen muß in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen und darf nicht in den Anwendungsbereich des Montan-Mitbestimmungsgesetzes bzw. des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes fallen (§ 1 I, II Mitbestimmungsgesetz). Im Konzern ist das Mitbestimmungsgesetz auch für das herrschende Unternehmen anzuwenden, wenn zwar nicht deren eigene Arbeitnehmerzahl die Größenordnung von 2000 erreicht, dies aber bei Berücksichtigung der Arbeitnehmerzahl der Konzernunternehmen der Fall ist (§ 5 Mitbestimmungsgesetz).

Wenn in einer Kommanditgesellschaft der persönlich haftende Gesellschafter in einer der Rechtsformen des § 1 I Nr. 1 Mitbestimmungsgesetz organisiert ist, so zählen bei der Berechnung der Arbeitnehmerzahl des persönlich haftenden Gesellschafters die Arbeitnehmer der Kommanditgesellschaft mit; dadurch kann die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes auf den persönlich haftenden Gesellschafter möglich werden. Erforderlich ist allerdings, daß die Mehrheit der Kommanditisten der Kommanditgesellschaft, berechnet nach der Mehrheit der Anteile oder Stimmen, die Mehrheit der Anteile oder der Stimmen in dem Unternehmen des persönlich haftenden Gesellschafters besitzt, und im eigenen Geschäftsbetrieb des persönlich haftenden Gesellschafters nicht schon in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt werden (§ 4 Mitbestimmungsgesetz). Das Mitbestimmungsgesetz ist nicht anwendbar auf Tendenzunternehmen (§ 1 IV Mitbestimmungsgesetz).

2 Gemäß § 3 Mitbestimmungsgesetz stellt das Mitbestimmungsgesetz auf den Arbeitnehmerbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes ab.

3 Vgl. zur Kritik bezüglich der Anknüpfung an der Arbeitnehmerzahl für die Größe des Aufsichtsrates Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz 1978, § 7 Rz. 3 und umfassend Kunze, Unternehmensverband und Unternehmensgröße, in Festschrift für Robert Fischer 1979, S. 365 ff; Steinmann, Das Großunternehmen im Interessenkonflikt, s. 133 ff.

einer Regelbeschäftigtenzahl[4] von 10 000 bis 20 000 Arbeitnehmern wird der Aufsichtsrat aus jeweils 8 Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern, bei Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 000 Arbeitnehmern aus jeweils 10 Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer gebildet.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Mitbestimmungsgesetz kann von dieser zwingenden[5] gesetzlichen Zusammensetzung des Aufsichtsrates nur insoweit abgewichen werden, als Unternehmen der zwei unteren Größenklassen einen Aufsichtsrat bilden, der einem Unternehmen mit der jeweils höheren Beschäftigtenzahl zukäme, wobei ein Unternehmen der untersten Größenklasse die Wahl zwischen einem Aufsichtsrat aus 16 bzw. 20 Mitgliedern hat [6].

Die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer werden entweder durch unmittelbare oder mittelbare Wahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer des Unternehmens gewählt. Anknüpfend an die Beschäftigtenzahl des Unternehmens sieht das Mitbestimmungsgesetz bei in der Regel weniger als 8 000 Arbeitnehmern die unmittelbare Wahl vor, während bei Unternehmen, die diese Zahl übertreffen, regelmäßig die Wahl durch Wahlmänner durchgeführt werden soll. Von dieser Regelwahlart kann jedoch durch Abstimmung der Arbeitnehmer abgewichen werden (§ 9 Abs. 3 Mitbestimmungsgesetz).

Unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer müssen sich neben den Arbeitnehmern des Unternehmens auch Vertreter von Gewerkschaften befinden. Ihr Verhältnis untereinander richtet sich nach der Größe des Aufsichtsrates (§ 7 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz). Unter den Vertretern der Arbeitnehmer des Unternehmens müssen sich Arbeiter und Angestellte entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Unternehmen befinden. Unter der Angestelltengruppe muß ferner noch ein verhältnismäßiger Ausgleich zwischen Angestellten und leitenden Angestellten vorhanden sein. Zum Schutz von Minderheiten muß jedoch

---

Mit der Regelung ist eine Parität in der Kopfzahl, nicht jedoch in der Stimmacht vorhanden, wenn Stimmengleichheit zwischen den Bänken der Arbeitnehmer und der Anteilseigner eintritt, siehe § 29 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz – eingehend BVerfGE 50, 290ff.

4 Zum Begriff „in der Regel" vgl. Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 1 Rz. 25ff; Rumpff in Gemeinschaftskommentar Mitbestimmungsgesetz, § 1 Rz. 17ff.

5 So Fitting/Wlotzke/Wißmann, § 7 Rz. 2. Da eine tarifvertragliche Öffnungsklausel fehlt, kommt eine Änderung von Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrates durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung nicht in Betracht; so auch Naendrup in Großkommentar Mitbestimmungsgesetz, § 7 Rz. 9.

6 Zu den Gründen für die Wahl eines größeren Aufsichtsrates aus der Sicht der Anteilseigner Säcker, Die Anpassung der Satzung der Aktiengesellschaft an das Mitbestimmungsgesetz, DB 77, 1791ff.

Das Gebrauchmachen von der Satzungsautonomie bietet sich aber vor allem in den Fällen an, wenn zu erwarten ist, daß die Regelbeschäftigtenzahl steigt und so das Hineinwachsen in die nächsthöhere Aufsichtsratsgröße bevorsteht. Hier kann das zeit- und kostenaufwendige Überleitungsverfahren nach den §§ 96ff Aktiengesetz durch entsprechende Vorsorge der Aufsichtsratsgröße durch satzungsgemäße Festlegung abgewendet werden; dazu auch Naendrup, Großkommentar Mitbestimmungsgesetz, § 7 Rz. 22; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 7 Rz. 13.

dem Aufsichtsrat mindestens ein Arbeiter, ein Angestellter und ein leitender Angestellter angehören.

2. Bei Gesellschaften, für die das Montan-Mitbestimmungsgesetz gilt[7,8,9], besteht der Aufsichtsrat aus 11 Mitgliedern und setzt sich gemäß § 4 Montan-Mitbestimmungsgesetz aus 4 Vertretern der Anteilseigner und einem weiteren Mitglied, 4 Vertretern der Arbeitnehmer und einem weiteren Mitglied sowie einem weiteren Mitglied zusammen.

Abweichend von dieser zwingenden Zusammensetzung des Aufsichtsrates kann nach § 9 Montan-Mitbestimmungsgesetz bei Gesellschaften mit einem Nennkapital von mehr als DM 20 000 000,– durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß der Aufsichtsrat aus 15 Mitgliedern besteht. Bei Gesellschaften mit einem Nennkapital von mehr als DM 50 000 000,– kann vorgesehen werden, daß der Aufsichtsrat aus 21 Mitgliedern besteht.

Im Gegensatz zu allen anderen Mitbestimmungsgesetzen bestimmt § 6 Montan-Mitbestimmungsgesetz, daß die Arbeitnehmervertreter durch das Wahl-

---

7 In den Anwendungsbereich des Montan-Mitbestimmungsgesetzes fallen
   a) Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft, der GmbH oder der bergrechtlichen Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 1 II Montan-Mitbestimmungsgesetz), deren überwiegender Betriebszweck in der Förderung von Stein- oder Braunkohle oder Eisenerz in der Aufbereitung, Verkokung, Verschwelung oder Brikettierung dieser Grundstoffe besteht, und der Betrieb unter der Aufsicht der Bergbehörde steht;
   b) ferner Unternehmen, die in dem Amtsblatt der Allierten Hohen Kommission (AHK-Gesetz Nr. 27 vom 16. 5. 1950, S. 299) aufgeführt sind, sofern diese Unternehmen in „Einheitsgesellschaften" im Sinne des Gesetzes Nr. 27 überführt oder in anderer Form weiterbetrieben und nicht liquidiert worden sind (streitig ist, ob das Gesetz auch für Unternehmen Anwendung finden kann, die erst nach dem 21. 5. 1951 gegründet worden sind; verneinend OLG Karlsruhe, DB 76, 1871);
   c) weiterhin konzernabhängige Unternehmen, die von einer in a) oder b) erfaßten oder nach Gesetz Nr. 27 AHK aufzulösenden Obergesellschaft abhängig sind, wenn sie selbst die Voraussetzungen eines Unternehmens nach a) erfüllen oder überwiegend Eisen und Stahl erzeugen.
   Anders als die Einheitsgesellschaften b) müssen die Unternehmen nach a) und c) noch eine Regelbeschäftigtenzahl von 1000 Arbeitnehmern aufweisen.

8 Zum Stichtag 1. 2. 1959 galt für 66 Bergbauunternehmen sowie 39 Unternehmen der Eisen- und Stahlerzeugung das Montan-Mitbestimmungsgesetz. Am 1. 7. 1969 waren es noch 32 Bergbauunternehmen und 27 Unternehmen der Eisen- und Stahlerzeugung (Zahlen aus Fitting/Eckardt, AR-Blattei, D-Mitbestimmung der Arbeitnehmer, III B G 1 und 2). Inzwischen hat das Montan-Mitbestimmungsgesetz Geltung nur noch für 8 Bergbauunternehmen und 18 Unternehmen der eisen- und stahlerzeugenden Industrie (vgl. Fitting/Auffarth/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz 1952, § 76 Rz. 40).

9 Das Gesetz zur Änderung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes vom 21. 5. 1981 (BGBl. I S. 441) enthält unter anderem eine Fortgeltung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes für Unternehmen, die nicht mehr die Voraussetzungen nach §§ 1 Abs. 1 bzw. Abs. 2 erfüllen (Artikel 1 1b des Gesetzes vom 21. 5. 1981), sowie eine Änderung des Wahlverfahrens (vgl. § 6 V Montan-Mitbestimmungsgesetz n. F.).

organ der Gesellschaft gewählt werden. Das Wahlverfahren selbst ist kompliziert[10]. Zwei Vertreter der Arbeitnehmer, unter denen sich ein Arbeiter und ein Angestellter befinden müssen, werden durch die Betriebsräte der Betriebe des Unternehmens vorgeschlagen. Dabei bilden die Angestelltenmitglieder der Betriebsräte den Wahlkörper für die Wahl des Arbeitnehmervertreters, der Angestellter sein muß, die übrigen den Wahlkörper für das Arbeitnehmermitglied, das den Arbeitern zugezählt wird. Der Vorschlag muß den Spitzenorganisationen mitgeteilt werden, denen die in den Betrieben des Unternehmens vertretenen Gewerkschaften angehören. Diese Spitzenorganisationen haben ein Einspruchsrecht.

Die beiden anderen Mitglieder und das zur Arbeitnehmerbank zählende weitere Mitglied werden von den Spitzenorganisationen nach vorheriger Beratung mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und den Betriebsräten vorgeschlagen.

Die so vorgeschlagenen Arbeitnehmervertreter werden von der Hauptversammlung gewählt, wobei diese gemäß § 6 V Montan-Mitbestimmungsgesetz an die Vorschläge der Betriebsräte und der Spitzenorganisationen gebunden ist.

Die Wahl des sogenannten 11. Mannes ist in § 8 Montan-Mitbestimmungsgesetz geregelt. Im Grundsatz haben sich danach die schon gewählten Aktionärs- und Arbeitnehmervertreter auf den 11. Mann zu einigen, der dann von der Hauptversammlung gewählt wird. Das Verfahren kompliziert sich, wenn eine Einigung nicht zustandekommt. Zu den Einzelheiten vergleiche § 8 Abs. 2–4 Montan-Mitbestimmungsgesetz.

3. Bei Gesellschaften, für die die §§ 5–13 Mitbestimmungsergänzungsgesetz gelten, wird der Aufsichtsrat aus 15 Mitgliedern gebildet[11, 12]. Er setzt sich zu-

---

10 Vgl. Fitting/Eckardt, AR-Blattei, D III A Mitbestimmung der Arbeitnehmer, C V 2.

11 Das Mitbestimmungsergänzungsgesetz ist anzuwenden auf Unternehmen, die in einem Organschaftsverhältnis zu anderen Unternehmen stehen, dabei selbst herrschendes Unternehmen sind. Sie müssen Unternehmen beherrschen, die unter das Montan-Mitbestimmungsgesetz fallen und zum Umsatz des Konzerns mit wenigstens 50% beitragen (zu den Einzelheiten vergleiche § 3 II Mitbestimmungsergänzungsgesetz). Die herrschenden Unternehmen müssen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft, GmbH oder einer bergrechtlichen Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit organisiert sein (§ 1 Mitbestimmungsergänzungsgesetz) und dürfen mit ihrem eigenen überwiegenden Betriebszweck nicht unter das Montan-Mitbestimmungsgesetz fallen (§ 2 Mitbestimmungsergänzungsgesetz).

Vom 30.11.1971 bis zum 31.12.1975 galt das sogenannte Mitbestimmungsfortgeltungsgesetz, das im Montanbereich die erweiterte Beteiligung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat für einen gewissen Zeitraum festschreiben wollte. Gemäß der Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf vom 1. 2. 1971 (Bundestags-Drucksache VI/1785) bestand der Zweck des Gesetzes darin, das Ausscheiden bestimmter Unternehmen aus der paritätischen Montan-Mitbestimmung infolge Änderung der Produktionsstruktur bis zum 31.12.1975 zu erschweren. Vergleiche zum ganzen auch Scholz, Verfassungsrechtliche Fragen zur befristeten Fortgeltung der Montan-Mitbestimmung, in AG 1972, 195.

Nach dem Gesetz zur Änderung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes vom 21.5.1981 (BGBl. I S. 441 (442)) sind in Änderung des § 16 Mitbestimmungsergänzungsgesetz die §§ 5 13 auf das herrschende Unternehmen nicht mehr anzuwenden, wenn in 6 aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren die Voraus-

sammen aus 7 Vertretern der Anteilseigner, 7 Vertretern der Arbeitnehmer und einem weiteren Mitglied.

Die zwingend vorgeschriebene Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrates kann gemäß § 12 Mitbestimmungsergänzungsgesetz bei Unternehmen mit einem Gesellschaftskapital von mehr als DM 50 000 000,– durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag auf 21 Mitglieder erhöht werden.

Von den 7 Vertretern der Arbeitnehmer werden 4 mittels eines Wahlmännerverfahrens gewählt. Diese 4 Vertreter haben Arbeitnehmer aus den Betrieben der Konzernunternehmen zu sein. Von ihnen müssen 3 der Gruppe der Arbeiter und einer der Gruppe der Angestellten zuzurechnen sein. Die Wahlmänner der Arbeiter und der Angestellten wählen dann die auf sie entfallenden Mitglieder des Aufsichtsrates. 3 der Arbeitnehmervertreter werden nunmehr nach dem Gesetz zur Änderung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes vom 21.5.1981 aufgrund von Wahlvorschlägen der Spitzenorganisationen der in den Betrieben der Konzernunternehmen vertretenen Gewerkschaften und mit den Betriebsräten der Konzernunternehmen durch Wahlmänner gewählt.

4. Bei Gesellschaften, für die § 76 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz 1952 gilt, muß der Aufsichtsrat gemäß § 76 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz 1952 zu 1/3 aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen[13].

Diese Regelung, die die Zusammensetzung des Aufsichtsrates betrifft, läßt die Vorschriften des Aktiengesetzes über die Größe des Aufsichtsrates unberührt. Dies bedeutet, daß nach § 95 Aktiengesetz der Aufsichtsrat aus 3 Mitgliedern be-

---

setzungen des § 3 nicht mehr vorliegen oder kein Unternehmen, in dem die Arbeitnehmer nach den Vorschriften des Montan-Mitbestimmungsgesetzes ein Mitbestimmungsrecht haben, aufgrund eines Organschaftsverhältnisses beherrscht wird.

12 Am 1.2.1959 unterfielen 8 Konzerne dem Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz, am 1.7.1969 nur noch 3. Zahlen aus Fitting/Eckardt, AR-Blattei, D-Mitbestimmung der Arbeitnehmer III BG 1 und 2. Inzwischen gilt das Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz nur noch für die Salzgitter AG (vergleiche Fitting/Auffarth/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 76 Betriebsverfassungsgesetz 1952 Rz. 40).

13 Einen Aufsichtsrat nach den §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz 1952 haben alle Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien zu bilden. Ausgenommen sind einmal Familiengesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern und Unternehmen mit einer Regelbeschäftigtenzahl von mehr als 2000 Arbeitnehmern (hier gilt das Mitbestimmungsgesetz), sowie Unternehmen, die in den Anwendungsbereich des Montan-Mitbestimmungsgesetzes oder des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes fallen. Ferner unterliegen Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bergrechtliche Gewerkschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit und Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit mehr als 500 und weniger als 2000 Arbeitnehmern der Drittelbeteiligung. Weiterhin zählen alle Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit dazu, sofern sie mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Das Mitbestimmungsgesetz ist auf Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit nicht anwendbar, so daß auch bei mehr als 2000 Beschäftigten die Drittelbeteiligung des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 gilt. Unternehmen mit den dargestellten Voraussetzungen unterliegen nicht der Mitbestimmung, soweit der oder die Betriebe des Unternehmens Tendenzbetriebe gemäß § 81 Betriebsverfassungsgesetz 1952 sind.

steht. Die Satzung kann eine höhere Zahl festsetzen, die jedoch durch 3 teilbar sein muß. Festgelegt ist, daß die Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder bei Gesellschaften mit einem Grundkapital bis zu DM 3 000 000,–, – 9, von mehr als DM 3 000 000,– –15 und von mehr als DM 20 000 000,– – 21 betragen kann. Diese Bestimmungen berücksichtigen demnach die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, da jede – auch satzungsmäßige – Festlegung der Größe des Aufsichtsrates vorsehen muß, daß die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder durch 3 teilbar ist.

Die Vertreter der Arbeitnehmer werden von der Arbeitnehmerschaft der Betriebe des Unternehmens gewählt. Ergibt sich nach dem Gesetz oder der Satzung, daß nur ein Arbeitnehmervertreter zu wählen ist, so muß dieser in einem Betrieb des Unternehmens beschäftigt sein (§ 76 Abs. 2 Satz 2 Betriebsverfassungsgesetz 1952). Werden 2 oder mehr Vertreter der Arbeitnehmer gewählt, so müssen sich unter diesen mindestens zwei Arbeitnehmer aus den Betrieben des Unternehmens befinden, wobei ein Arbeiter und ein Angestellter gewählt sein müssen.

§ 76 Abs. 4 Betriebsverfassungsgesetz 1952 bestimmt, daß auch in einem Konzern die Arbeitnehmer der Betriebe der Konzernunternehmen sich an der Wahl für den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens beteiligen. Die Wahl dieser Arbeitnehmervertreter kann durch ein Wahlmännerverfahren abgewickelt werden.

Beteiligen sich Arbeitnehmer der abhängigen Konzernunternehmen an der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens, so sollte nach der Rechtsprechung des BAG mindestens ein Sitz einem Arbeitnehmer der beherrschten Unternehmen zufallen. Ferner mußte einer der Arbeitnehmersitze von einem Angestellten und einer von einem Arbeiter eingenommen werden[14]. Das Mehrheitsprinzip sollte nur dann gelten, wenn die Zahl der Arbeitnehmer des herrschenden und des beherrschten Unternehmens in einem „auffälligen Mißverhältnis" stehen[15].

Diese ständige Rechtsprechung hat das BAG nunmehr aufgegeben[16]. Es kommt danach ohne Unterscheidung des Arbeitnehmers zum herrschenden oder zum abhängigen Unternehmen das reine Mehrheitsprinzip zum Zug, wie der Gesetzgeber bereits 1976 bei der gleichgelagerten Problematik im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes entschieden hatte[17].

14 BAG 1, 166; 1, 182; 19, 76; 21, 210.

15 BAG AP Nr. 10 und 18 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz 1952. Das Grundprinzip der angemessenen Vertretung der Arbeitnehmer der beherrschten Unternehmen mußte sich ferner nicht schon auf den ersten beiden, den Arbeitnehmern zustehenden Aufsichtsratssitzen auswirken, wenn mehr als zwei Sitze für die Arbeitnehmer vergeben wurden. Es sollte ausreichen, wenn dem Prinzip überhaupt Genüge getan wurde (BAG DB 1975, 2136 ff).

16 BAG, Beschluß vom 24.11.1981 1 ABR 80/79 (vgl. Presseinformation in DB 81, 2543).

17 Vgl. § 5 Mitbestimmungsgesetz.

§ 2
Überblick über die Abgrenzung zwischen Nichtigkeitsgründen nach dem Stand von Rechtsprechung und Literatur

Die Bestimmung der Nichtigkeitsgründe für die Wahlen der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz, dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz und den §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz 1952 ist von Rechtsprechung und Literatur – bedingt durch das Fehlen einer gesetzlichen Regelung – formelhaft und meist in Abgrenzung zur Anfechtung der Wahl, über die Regelungen vorhanden sind, getroffen worden. Diese Abgrenzung von Anfechtung und Nichtigkeit bei Wahlen von Arbeitnehmervertretern ist erstmals durch die frühe Reichsgerichtsrechtsprechung zum Betriebsrätegesetz, das keine Vorschrift über die Nichtigkeit der Wahl von Betriebsratsmitgliedern enthielt, entwickelt worden. Rechtsprechung und Literatur haben zunächst für die Betriebsratswahlen nach dem Betriebsverfassungsgesetz auf diese Differenzierung zurückgegriffen[1], die dann für die Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat nach den Mitbestimmungsregelungen übernommen wurde.

1. Bereits die Rechtsprechung und Kommentierung zum Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 hat eine Unterscheidung zwischen anfechtbaren Wahlen und sogenannten Nichtwahlen getroffen. Während die Anfechtung gemäß § 18, 19 WO zum Betriebsrätegesetz nur während des zweiwöchigen Aushanges der Namen der Gewählten möglich war, wurde die Geltendmachung einer „Nichtwahl" zeitlich unbeschränkt zugelassen[2].

Das RAG hat in einer frühen Entscheidung[3] ausgeführt, daß durch die fristgebundene Anfechtung der Wahl die Frage geklärt werde, ob „eine Betriebsvertretung den Vorschriften der Wahlordnung entsprechend gewählt" sei. Davon zu unterscheiden sei die Frage, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bildung der Betriebsvertretung vorgelegen hätten. Dieser Mangel könne auch unabhängig von der Anfechtungsfrist geltend gemacht werden. Etwas deutlicher führt das RAG später aus[4]: „... ist aber (wie hier) das vorgeschriebene Wahlverfahren

1 Vgl. den Hinweis in BAG AP Nr. 1 zu § 18 Betriebsverfassungsgesetz 1952 auf RAG ARS 4, 315.
2 Vgl. etwa Mansfeld, Kommentar zum Betriebsrätegesetz, Vorbemerkung vor § 19 WO; Flatow/Kahn-Freund, Kommentar zum Betriebsrätegesetz, 13. Auflage, Vorbemerkung vor § 19 WO.
3 RAGE 1, 198 (200) = ARS 2, 79 ff.
4 RAGE 3, 100 (103 f) = ARS 4, 315 ff.

überhaupt nicht beachtet, so hat eine Wahl im Sinne des Betriebsrätegesetzes nicht stattgefunden und es bedarf der Geltendmachung der einzelnen Anfechtungsgründe im Wege der Anfechtung nicht, um die Ungültigkeitserklärung der Wahlhandlung herbeizuführen".

Dieser Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem die Wahl des Betriebsrates in einer Betriebsversammlung erfolgte, ein Wahlvorstand nicht vorhanden, ein Wahlausschreiben nicht erlassen war und die Stimmabgabe öffentlich und ohne Stimmzettel stattgefunden hatte[5]. Die Verstöße hätten zwar – für sich gesehen – die Ungültigkeit der Wahl nach § 20 WO nicht nach sich gezogen, es habe aber ein solcher Umfang an Verstößen vorgelegen, daß das vorgeschriebene Wahlverfahren überhaupt nicht eingehalten worden sei. Es wird weiter ausgeführt, daß der Umfang einzelner Wahlfehler, die für sich nur die Anfechtung begründeten, in die Nichtigkeit der Wahl umschlagen könne, wenn aufgrund der Schwere und des Umfangs der Verstöße nicht einmal der Anschein einer Wahl mehr vorliege.

Dieser Gesichtspunkt wird dann in der Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz bei der Abgrenzung von Anfechtung und Nichtigkeit ebenfalls herangezogen[6].

2. Die Formulierung, wonach die Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes dann nichtig ist, wenn bei der Wahl oder Entsendung gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl in so hohem Maße verstoßen wurde, daß auch der Anschein einer Wahl oder Entsendung nicht mehr vorliege, wird zur Standardformel, die erstmals für die Nichtigkeit von Betriebsratswahlen nach dem Betriebsverfassungsgesetz verwendet wurde[7] und dann von Rechtsprechung und Kommentierung auch auf die Nichtigkeit der Wahl von Arbeitnehmervertretern zum Aufsichtsrat nach den Mitbestimmungsregelungen übertragen wurde; so für das Mitbestimmungsänderungesetz[8], für die §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz[9] und für das Mitbestimmungsgesetz[10].

5 Verstöße gegen §§ 23 Betriebsrätegesetz, 9, 10, 18 der Wahlordnung zum Betriebsrätegesetz.

6 BAG AP Nr. 4 zu § 19 Betriebsverfassungsgesetz 72.

7 BAG AP Nr. 1 zu § 18 Betriebsverfassungsgesetz 1952.

8 Für das Mitbestimmungsergänzungsgesetz vgl. Boldt in Kommentar zum Mitbestimmungsergänzungsgesetz, § 8 Rz. 6.

9 Vgl. Dietz/Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 76 Betriebsverfassungsgesetz 1952 Rz. 119; Fitting/Auffarth/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 76 Betriebsverfassungsgesetz 1952 Rz. 77; Nikisch, Arbeitsrecht Bd. 3, S. 605; Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Anhang zu § 96 Rz. 48. Rechtsprechung zur Nichtigkeit der Wahlen der Arbeitnehmervertreter nach den §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz fehlt. Die gelegentlich (Fitting/Auffarth/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 76 Betriebsverfassungsgesetz 1952 Rz. 77) zitierte Entscheidung BAG AP Nr. 2 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz enthält keine Aussage über die Nichtigkeit der Wahl; BAG AP Nr. 19 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz enthält beiläufig die Ausführungen: Nichtigkeit einer Wahl ist nur dann gegeben, wenn „Umstände vorliegen, die, für jeden objektiven Beurteiler offenkundig, gegen allgemeine Wahlgrundsätze in krasser Weise verstoßen".

Das BAG hat allerdings mehrfach ausgesprochen, daß die im selben Gesetz enthaltenen

Während für die anderen Mitbestimmungsregelungen eine Auseinandersetzung mit dem Begriff des „Anscheins einer Wahl" nicht erfolgte, werden in den Kommentierungen zum Mitbestimmungsgesetz verschiedene Ansichten vertreten, in welchen Fällen gegen die Grundsätze einer ordnungsmäßigen Wahl in so hohem Maße verstoßen wurde, daß auch der Anschein einer Wahl nicht mehr vorliegt. Hoffmann/Lehmann/Weinmann[11] und Raiser[12] nehmen einen solchen Verstoß an, wenn im Fall des § 9 II Mitbestimmungsgesetz in einem Unternehmen mit in der Regel weniger als 8 000 Arbeitnehmern eine Wahlmännerwahl durchgeführt wird, ohne daß eine entsprechende Abstimmung nach Abs. III vorgenommen wurde. Darin wird ein grober Verstoß gegen das unmittelbare Wahlrecht der Belegschaft dieses Unternehmens gesehen. Matthes[13] erblickt darin lediglich einen geringen Mangel, der die Nichtigkeit nicht nach sich ziehen könne. Ob die Voraussetzungen des § 9 II vorliegen, unterliege einem gewissen Beurteilungsspielraum des Wahlvorstandes. Wird der Beurteilungsspielraum verletzt, so begründe dies lediglich die Anfechtung dieser Wahl.

3. Eine von der Rechtsprechung zur nichtigen Betriebsratswahl getroffene Formulierung[14], wonach eine nichtige Wahl bei „groben und offensichtlichen" Verstößen in Betracht komme, wird von der Literatur zum Mitbestimmungsgesetz näher konkretisiert, wobei Rechtsprechung, die zur Nichtigkeit einer Betriebsratswahl ergangen ist, ohne nähere Begründung für übertragbar gehalten wird. Als Beispielsfälle für schwere Verstöße gegen das Wahlverfahren werden genannt:

– Schwere Verstöße gegen die Grundsätze der geheimen Wahl oder der öffentlichen Stimmauszählung, wie zum Beispiel Wahl durch Akklamation oder Handaufheben[15];

Wahlanfechtungsvorschriften, die sich auf die Betriebsratswahl beziehen, auch auf die Anfechtung der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat anwendbar seien. Beide Wahlen würden große Ähnlichkeit aufweisen, vgl. BAG AP Nr. 1, 2, 3, zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz 52, sowie BAG AP Nr. 11 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz 52.

Unterschiede, die sich daraus ergeben können, daß die Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat dem Unternehmensverfassungsrecht, die Wahl zum Betriebsrat dagegen dem Betriebsverfassungsrecht zuzuzählen ist, bleiben zugunsten der „gleichen Interessenlage" im Hintergrund.

10 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 48; Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 11; Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 5; Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 6; Meilicke/Meilicke, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 24; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 38.

11 Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 48.

12 Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 11.

13 Matthes, in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 7.

14 BAG AP Nr. 6 zu § 3 Betriebsverfassungsgesetz.

15 BAG AP Nr. 84 zu § 611 BGB, Urlaubsrecht; Arbeitsgericht Hannover, BB 51, 250; vgl. auch Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 6; Hofmann/Lehmann/Weinmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 49; Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 20; Meilicke/Meilicke, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 24.

– vorzeitige Öffnung der Wahlurnen in Verbindung mit nichtöffentlicher Stimmauszählung[16];
– Wahl ohne Wahlvorstand[17];
– offene Terrorisierung der Belegschaft während der Wahl[18];
– Häufung von Verfahrensverstößen, von denen jeder einzelne nur die Anfechtung der Wahl rechtfertigen würde[19]; z.B. Wahl ohne Wählerliste und ohne Wahlausschreiben unter Verwendung fehlerhafter Stimmzettel und mit einer Stimmauszählung, die nicht vom Wahlvorstand vorgenommen wird.

Matthes[20] hält den zuletzt genannten Nichtigkeitsgrund mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht für vereinbar, da die Grenze nicht eindeutig bestimmt werden könne, wann die Quantität von Fehlern in eine nichtigkeitsbegründende Qualität umschlage.

Hoffmann/Lehmann/Weinmann[21] nehmen einen groben Verstoß an, wenn in einem Unternehmen, das mehr als 8000 Arbeitnehmer beschäftigt, entgegen §§ 9 I, 10 I Mitbestimmungsgesetz keine Wahlmänner gewählt worden waren und sodann die Aufsichtsratsmitglieder von einer Betriebsratsvollversammlung gewählt wurden.

4. Von den meisten Autoren zum Mitbestimmungsgesetz[22] wird für die Nichtigkeitsgründe bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer auf die vergleichbare Lage bei der Wahl der Anteilseignervertreter zum Aufsichtsrat hingewiesen. So sollen auch für die Arbeitnehmerwahl die Nichtigkeitsgründe des § 250 I Ziff. 1, 3 und 4 Aktiengesetz Geltung haben. Das bedeutet im einzelnen, daß eine Wahl dann nichtig ist, wenn der Aufsichtsrat entgegen § 6 II Mitbestimmungsgesetz, § 96 II, § 97 II Satz 1 oder § 98 IV Aktiengesetz zusammengesetzt worden ist.

Werden mehr Arbeitnehmervertreter gewählt, verursacht dies eine Disparität zu den Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat. Die Wahl soll daher entsprechend dem Rechtsgedanken des § 250 I Nr. 3 Aktiengesetz nichtig sein[23].

16 ArbG Bochum, DB 72, 1730.
17 RAGE 4, 315, zitiert auch bei Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 6; a.A. Thiele im Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 19 Rz. 73.
18 BAG AP Nr. 1 zu § 19 Betriebsverfassungsgesetz 1952 = BAGE 4, 63; so auch Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 6; Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 20; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, Rz. 39.
19 BAG AP Nr. 4 zu § 19 Betriebsverfassungsgesetz 1972; Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 20; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, Rz. 38.
20 Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 5.
21 Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 47.
22 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 8ff; Matthes, Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 7; Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 19; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 50.
23 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 11.

Das Fehlen der in § 6 II Satz 1 Mitbestimmungsgesetz in Verbindung mit § 100 I und II sowie § 105 Aktiengesetz vorgeschriebenen Wählbarkeitsvoraussetzungen soll ebenso wie im Fall eines Anteilseignervertreters auch für die Arbeitnehmervertreter zur Nichtigkeit ihrer Wahl führen. Dies wird zum Teil auch mit dem Rechtsgedanken des § 24 I Mitbestimmungsgesetz untermauert[24]. Danach sei nicht einsichtig, daß der spätere Wegfall der Wählbarkeitsvoraussetzung zur Beendigung der Amtszeit des Arbeitnehmervertreters führt, während der bereits bei der Wahl vorliegende Mangel der Wählbarkeit nicht zur Nichtigkeit führen soll. Ein Fehlen der zusätzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen, wie sie in § 15 II Mitbestimmungsgesetz niedergelegt sind, soll jedoch nicht die Nichtigkeit dieser Wahl nach sich ziehen. Dies wird aus § 24 II Mitbestimmungsgesetz gefolgert, wonach der spätere Wechsel der Gruppenzugehörigkeit eines Aufsichtsratsmitgliedes der Arbeiter oder Angestellten nicht zum Erlöschen seines Amtes führt. Der Gesetzgeber habe damit zum Ausdruck gebracht, daß die Einhaltung der Gruppenzugehörigkeit nicht von ausschlaggebender Bedeutung für die weitere Amtsausübung des Aufsichtsratsmitgliedes sei[25].

Teilweise wird von einer Nichtigkeit der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer auch dann ausgegangen, wenn die Mehrheit der Wahlmänner nichtig gewählt worden ist[26].

Für den Bereich der §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz tritt Kunze[27] dafür ein, daß auch die Wahl eines Arbeitnehmervertreters, der nach den Bestimmungen des Aktiengesetzes nicht wählbar ist, nichtig ist. Er überträgt also die Rechtsfolgen bei Fehlen von Wählbarkeitsvoraussetzungen auch auf die Wahl der Arbeitnehmervertreter nach den §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz 1952. Dagegen wendet sich Schröder[28], der aus der oben zitierten Rechtsprechung des BAG zur Anwendung des Wahlanfechtungsverfahrens eine generelle Rezeption auch von § 24 I Ziff. 6 Betriebsverfassungsgesetz annimmt.

5. Für das Montan-Mitbestimmungsgesetz ergibt sich eine besondere Situation, da hier die Arbeitnehmervertreter von der Hauptversammlung gewählt werden. Das Montan-Mitbestimmungsgesetz selbst enthält keine Vorschrift über die Nich-

---

24 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 9; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 22 Rz. 29; Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 9; Wlotzke, Zusammensetzung und Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer, ZGR 77, 355 (382f).

25 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 13; Wlotzke, Zusammensetzung und Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer, ZGR 77, 355 (384).

26 Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Anmerkung 20; Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 5 und § 22 Rz. 6; a. A. Anfechtungsgrund – Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 15.

27 Mangelnde gesetzliche Befähigung zum Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft, RdA 56, 125.

28 Schröder, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 17ff sowie Fußnote 71.

tigkeit dieser Wahl. Systematisch korrekt aus der Zuordnung der Wahl zum Wahlorgan der Gesellschaft bestimmt das Aktiengesetz in § 250 I Ziff. 2, daß die Wahl eines Aufsichtsratsmitgliedes durch die Hauptversammlung dann nichtig ist, wenn die Hauptversammlung, obwohl sie an Wahlvorschläge gebunden ist (§§ 6 und 8 Montan-Mitbestimmungsgesetz), eine nicht vorgeschlagene Person wählt. Für die Beurteilung der Wahl als nichtig ist es nach der eindeutigen Fassung des § 250 Aktiengesetz ohne Bedeutung, ob die Hauptversammlung berechtigt ist, einen Wahlvorschlag zurückzuweisen. Die Nichtigkeitsgründe des § 250 Aktiengesetz sollen nach der gesetzlichen Formulierung abschließend sein[29]. Fehler beim Zustandekommen des Wahlvorschlages[30] begründen gemäß § 251 I Satz 2 Aktiengesetz die Anfechtung der Wahl[31].

---

29 Vgl. aber Zöllner, der für bestimmte Fälle Nichtigkeit auch über die im Gesetz genannten Gründe hinaus für denkbar hält; Kölner Kommentar, § 250 Rz. 2, 15, 17.

30 Gemäß § 15 Montan-Mitbestimmungsgesetz wurde die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung Vorschriften über das Verfahren für die Aufstellung der in § 6 bezeichneten Wahlvorschläge zu erlassen. Eine solche Rechtsverordnung ist nicht ergangen. Mit ihr ist auch nicht mehr zu rechnen (vgl. Fitting/Eckardt, AR-Blattei, D III A, Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Unternehmen des Bergbaus sowie der eisen- und stahlerzeugenden Industrie).

31 Diese Frage wurde schon früher, vor der gesetzlichen Normierung, in der Literatur erörtert, so z. B. Müller/Lehmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen, § 6 Rz. 19; Kötter, Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rz. 9. Müller/Lehmann, § 4 Rz. 8 vertraten die Auffassung, daß § 4 II Montan-Mitbestimmungsgesetz zusätzliche Wählbarkeitsvoraussetzungen enthalte, eine dieser Vorschrift widersprechende Berufung führe zur Nichtigkeit. § 4 II Montan-Mitbestimmungsgesetz wolle nämlich die Unabhängigkeit sämtlicher weiteren Mitglieder sicherstellen (vgl. Hierzu unten § 4 IV).

§ 3
Kritik von Rechtsprechung und Literatur Eigener Lösungsansatz

I. Die Abgrenzungsformeln von Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen

In diesem Kapitel sollen die allgemeinen Abgrenzungsformeln, wie sie von Rechtsprechung und Literatur zur nichtigen Betriebsratswahl entwickelt worden sind, einer Kritik unterzogen werden. In § 2 war dargestellt worden, daß diese Formulierungen auch für die mangelhafte Aufsichtsratswahl rezipiert werden[1]. Von vornherein außer Betracht zu bleiben hat eine Abgrenzung zwischen Anfechtung und Nichtigkeit dahingehend, daß unter den „wesentlichen Vorschriften", deren Verletzung vorliegen muß, qualitative Unterschiede ausgemacht werden. Die Frage, ob es sich um eine Verletzung einer für das Wahlverfahren, das Wahlrecht oder die Wählbarkeit wesentlichen Vorschrift handelt, ist so nur für die Abgrenzung zwischen einem sanktionslosen und einem – durch die Geltendmachung der Anfechtung – sanktionsbehafteten Verstoß bedeutsam. „Die wesentlichen Vorschriften lassen sich nicht zu noch wesentlicheren Vorschriften steigern"[2].

1. Evidenz des Verstoßes

In der Rechtsprechung des BAG ist eine Abgrenzung zwischen Anfechtung und Nichtigkeit derart erfolgt, daß die Evidenz einer Verstoßes gegen eine wesentliche Vorschrift zur Nichtigkeit führt. Eine nichtige Wahl kommt nach dieser Rechtsprechung bei „groben und offensichtlichen" Verstößen in Betracht[3]. Soweit ersichtlich, hat das BAG dabei in AP Nr. 6 zu § 3 Betriebsverfassungsgesetz[4] erstmals den Versuch einer dogmatischen Anlehnung an die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt unternommen, indem es Offenkundigkeit des Mangels dann annahm, wenn der „Akt den Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn" trage. Die Offensichtlichkeit wird dabei vom Standpunkt desjenigen beurteilt, der den Wahlvorgang kennt und Einblick in die Betriebsinterna hat[5].

---

1 Vgl. Kittner/Fuchs/Zachert, Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, 1977 Rdn. 301; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 3, S. 605; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 1510; Säcker, Die Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz, Rz. 259.

2 Küchenhoff, Anmerkung zu AP Nr. 6 zu § 3 Betriebsverfassungsgesetz 1952.

3 BAG AP Nr. 6 zu § 3 Betriebsverfassungsgesetz; Fitting/Auffarth/Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, § 19 Betriebsverfassungsgesetz Rz. 4.

4 = BAGE 15, 235ff.

5 BAG AP Nr. 6 zu § 3 Betriebsverfassungsgesetz; Gerhard Müller, Zur Anfechtung der Be-

Wie unten in Abschnitt II.1. näher dargelegt werden wird, sind Rechtssicherheitsgründe entscheidend, die Nichtigkeit als Rechtsfolge von Verstößen einzuschränken. Evidenz als Abgrenzungsmerkmal der Rechtsprechung kann nun bedeuten, daß Nichtigkeit angenommen werden kann, weil keiner der Beteiligten in seinem Vertrauen auf die Bestandskraft der Wahl schutzwürdig ist. Jedoch kann das Merkmal der Offensichtlichkeit eines Mangels einer so starken Wertung unterliegen, daß dem Erfordernis der Rechtssicherheit dadurch nicht Genüge getan ist.

Würde zudem die Offensichtlichkeit eines Mangels allein entscheidend sein, so würde jeder geringe Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften ausreichen können, sofern nur die Wertung erfolgt, daß der Mangel von allen Wahlbeteiligten erkannt werden konnte.

a) Verknüpfung von Schwere und Offensichtlichkeit eines Fehlers

Das BAG kommt zur Annahme von Nichtigkeit nur bei einer Verknüpfung von Schwere des Fehlers und seiner Offensichtlichkeit. Beides muß kumulativ vorliegen. Weitergehend differenziert Dütz[6] zwischen schwerstwiegenden Fehlern, die evidenzunabhängig zur Nichtigkeit führen, und anderen Mängeln, die bei Erkennbarkeit diese Rechtsfolge auslösen. Schwere Fehler sind häufig nicht offensichtlich. Das zeigt eine Durchsicht der von der Rechtsprechung zur Betriebratswahl angenommenen Nichtigkeit[7]. Solange eine gesetzliche Normierung oder – bei Zugrundelegung der Meinung von Dütz – eine weitgehende Übereinstimmung fehlt, welche schwerwiegenden Fehler evidenzunabhängig zur Nichtigkeit führen, besteht die Gefahr, daß entweder grobe Verstöße mangels Offensichtlichkeit nicht mit dem Verdikt der Nichtigkeit belegt werden, oder eine Ausdehnung der „Offensichtlichkeit" erfolgt, indem die Evidenz vom Standpunkt eines Idealbeobachters beurteilt wird, also unter Zugrundelegung besonderer Sach- und Rechtskunde. Bei einer derartigen Ausdehnung der Evidenz wird der Begriff völlig konturenlos und damit unbrauchbar. Letztendlich führt dies dazu, daß bei der Beurteilung der Nichtigkeit das Schwergewicht ausschließlich auf die Bestimmung gelegt wird, ob ein schwerer Mangel vorliegt.

So hat in der Rechtsprechung des BAG zur Nichtigkeit von Betriebsratswahlen die Verkennung von tatsächlichen Verhältnissen durch den Wahlvorstand eine Rolle gespielt. Unter Berufung auf die fehlende Offensichtlichkeit der Voraussetzungen eines betriebsratsfähigen Betriebes wurde die Nichtigkeit einer Wahl in einem nicht betriebsrats- oder personalratspflichtigen Betrieb verneint[8].

triebsratswahl, in Festschrift für Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 367, 394; Fitting/Auffarth/Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, § 19 Betriebsverfassungsgesetz, Rz. 4.

6 Anmerkung zu BAG SAE 78, 1 ff (6 f).

7 So etwa die Wahl eines Betriebsrates für einen nicht betriebsratsfähigen Betrieb, RAG ARS 2, 79; LAG Hannover, DB 56, 163; willkürliche Zusammenziehung von selbständigen Betrieben zu einem Betrieb, RAG ARS 12, 409.

8 BAG AP Nr. 5 zu § 3 Betriebsverfassungsgesetz = BAGE 14, 82 (88); AP Nr. 6 zu § 3

Bei der Abhaltung einer Wahl ohne gesetzliche Grundlage handelt es sich jedoch zweifellos um einen schweren Fehler. Es liegt ein Verstoß gegen das Wahlrecht vor, das in einem derartigen Fall eine Wahl überhaupt nicht zuläßt. So ist diese Rechtsprechung auch in der Allgemeinheit der Formulierung kritisiert worden[9]. Auch das RAG hat darin einen typischen Fall der Nichtigkeit gesehen[10].

b) Zumutbarkeit der Anfechtung bei offensichtlichen Mängeln

Umgekehrt zeigt, so läßt sich pointiert formulieren, die Offensichtlichkeit eines Verstoßes, daß nicht auf die Nichtigkeit zurückgegriffen werden muß, weil eine Anfechtung innerhalb der Anfechtungsfrist wenigstens für einen der Anfechtungsberechtigten naheliegt[11]. Worin liegt die Rechtfertigung, daß ein schwerer, aber nicht offensichtlicher Mangel sanktionslos bleibt, *obwohl wegen* fehlender Offensichtlichkeit des schweren Fehlers niemand in der Lage war, die Wahl in der kurzen Frist anzufechten? Warum soll umgekehrt bei der Vielzahl der Wahlbeteiligten und Anfechtungsberechtigten bei einem offensichtlichen Mangel die Unwirksamkeit der Wahl geltend gemacht werden können, auch wenn niemand *trotz* der Offensichtlichkeit des Fehlers die Wahl angefochten hat?

Der Rückgriff auf eine typisierte Evidenz scheint eher deshalb zu erfolgen, weil die Befürchtung, daß ein schwerwiegender Mangel nicht rechtzeitig gerügt wird, der eigentliche Grund zur Ausgestaltung eines Mangels als Nichtigkeitsgrund ist[12]. Praktische Bedeutung erhalten Nichtigkeitsgründe vor allem dann, wenn die Anfechtungsfrist abgelaufen ist. Prinzipiell leistet die Anfechtung in ausreichender Weise die Korrektur fehlerhafter Verfahren, um die Legitimität der Arbeitnehmervertreter herzustellen.

Betriebsverfassungsgesetz = BAGE 15, 253 (257 ff); AP Nr. 10 zu § 3 Betriebsverfassungsgesetz. Vgl. auch BVerwG AP Nr. 5 zu § 7 PersVG; BAG AP Nr. 1 zu § 1 Betriebsverfassungsgesetz 1972; AP Nr. 8 zu § 19 Betriebsverfassungsgesetz 1972; Galperin in Anmerkung zu BVerwG, AP Nr. 5 zu § 7 PersVG, der hierin einen typischen Fall der Nichtigkeit erblickt, ohne daß auf die Offensichtlichkeit abgestellt wird; vgl. auch BAG AP Nr. 1 zu § 1 Betriebsverfassungsgesetz.

9 Galperin/Siebert, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 3 Anmerkung 10; § 18 Anmerkung 26; LAG München, BB 53, 413; LAG Kiel, BB 53, 716; LAG Hannover, AuR 53, 380. Lediglich soweit die Verkennung auf einer fehlerhaften Anwendung des § 4 Betriebsverfassungsgesetz beruht, wird dem BAG beigepflichtet; vgl. Dietz/Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnungen, § 19 Rz. 52.

10 RAG ARS 2, 79; ARS 12, 409; so auch Flatow/Kahn-Freund, Kommentar zum Betriebsrätegesetz, Anmerkung E 2 vor § 19 WO.

11 So auch Thieme, Evidenz und Nichtigkeit, DöV 62, 686 (688): „Wenn der Betroffene Fehler leicht erkennen konnte, so ist er vor allem auf den für den Regelfall eröffneten Rechtsschutz zu verweisen. Der Rechtsschutz nach Ablauf der Rechtsmittelfrist oder vor einer an sich unzuständigen Gerichtsbarkeit, den die Nichtigkeit gibt, ist eher für die nicht evidenten Fehler angemessen, die der Adressat nicht kontrollieren kann."

12 Vgl. Schröder, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 27.

So eröffenet die aus der Sicht eines Idealbeobachters zu beurteilende Evidenz die Möglichkeit einer Wertung, ob die Wahl trotz nicht rechtzeitig erfolgter Anfechtung unwirksam sein soll.

Eine Fiktion ist es, anzunehmen, daß gerade wegen der Evidenz des Mangels niemand eine Anfechtung für erforderlich hielt, obwohl die Beseitigung des Mangels durch Anfechtung das Prinzip und nicht die Ausnahme ist. Können die Anfechtungsberechtigten den Mangel des Wahlverfahrens erkennen, weil dieser offenkundig ist, so können sie in zumutbarer Weise auf den Rechtsbehelf der Anfechtung verwiesen werden, der als Normalfall für die Korrektur fehlerhafter Wahlverfahren vorgesehen ist[13].

c) Unterschiedliches Kompetenzdefizit im Erkennen von Fehlern durch die Anfechtungsberechtigten

Dies ist nur dort anders, wo die Zahl der Anfechtungsberechtigten klein, der Kompetenzgrad zur Erkennung von Fehlern gering ist und sich die Öffentlichkeit der Wahl auf die Anwesenheit einiger Betroffener beschränkt. Das bedeutet, daß das Merkmal der Evidenz notwendiges Korrektiv dort ist, wo eine fristgemäße Rüge eines Wahlfehlers trotz Offensichtlichkeit des Mangels aus der Sicht eines Durchschnittsbeobachters deswegen nicht erfolgt, weil die konkret Beteiligten ihn nicht erkennen. Anders gewendet, die Evidenz ist dort brauchbares Kriterium, wo mit einem Kompetenzdefizit im Erkennen von Mängeln unter den Beteiligten typischerweise gerechnet werden muß. Dies ist sicherlich überall dort der Fall, wo die Zahl der mit dem Verfahren Befaßten klein ist.

Wenn das BAG für die Betriebsratswahl an die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt angeknüpft hat, so ist hinsichtlich der genannten Merkmale bei Betriebsratswahl und Anfechtung eines Verwaltungsaktes eine vergleichbare Situation[14] gegeben, die jedoch für die Wahl nach den Mitbestimmungsgesetzen fehlt.

Anders als im Verwaltungsrecht, wo demjenigen, der den Akt allein anfechten kann, die Kenntnis von der Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit im Einzelfall nicht innerhalb der Widerspruchsfrist zugemutet werden mag, sorgt die Ausdehnung des Wahlanfechtungsrechtes auch auf Personen mit im Hinblick auf die Wahlbeteiligung, Wahlverhalten und Wahlergebnis unterschiedlichen Interessen dafür, daß ein tatsächlich offenkundiger Verstoß innerhalb der Anfechtungsfrist gerügt wird.

Im Verwaltungsrecht ist die Kenntnis von dem Verwaltungsakt im häufigen - Extremfall auf zwei Personen beschränkt: Den Sachbearbeiter, der den Verwaltungsakt erläßt, und den Bürger, an den er sich richtet. Hier kann leicht eine

13 Dies folgt nicht zuletzt daraus, daß die Mitbestimmungsgesetze die Anfechtung ausdrücklich regeln, §§ 21, 22 Mitbestimmungsgesetz; 8 Abs. 2 Mitbestimmungsergänzungsgesetz.

14 Vgl. Huber, Die Nichtigkeit der Handelsgesellschaften und ihre Beschlüsse in verwaltungsrechtlicher Betrachtung, Verwaltungsarchiv 37 (1932) S. 1ff.

Diskrepanz in der Kenntnis der Offensichtlichkeit eines Mangels zu einem Durchschnittsbeobachter eintreten.

Eine Wahl in einem mitbestimmungspflichtigen Unternehmen ist schon von der Anzahl der an diesem Wahlverfahren Beteiligten ein (unternehmens-) öffentlicher Vorgang, der sehr viel genaueren Kontrollen unterliegt, als dies bei einem Verwaltungsakt der Fall ist. Hinzu kommt, daß es – anders als im Verwaltungsrecht – eine Vielzahl von Betroffenen gibt, die das Wahlanfechtungsrecht ausüben können, obwohl sie selbst nicht unmittelbar von einem Mangel betroffen werden. Es kann also nicht nur in engem Sinne die Verletzung eigener Rechte gerügt werden. Kenntnis und Rügemöglichkeit von schweren Fehlern differieren im Verwaltungsrecht und bei Wahl nach den Mitbestimmungsgesetzen. Unter der Vielzahl von Anfechtungsberechtigten bei Wahlen nach den Mitbestimmungsgesetzen befinden sich genügend „Durchschnittsbeobachter", die einen Mangel als offensichtlich erkennen und die Anfechtung der Wahl herbeiführen können.

Anders kann es bei der Betriebsratswahl sein, die in einem kleinen Betrieb durchgeführt wird[15]. Hier ist es möglich, daß ein gravierender Fehler innerhalb der Anfechtungsfrist übersehen wird. Bei der Betriebsratswahl werden keine Gewerkschaftsvertreter gewählt. Zwar steht einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft ein Anfechtungsrecht zu, doch wird die Wahl im Normalfall nur von den im Betrieb beschäftigten Gewerkschaftsmitgliedern beobachtet werden, ohne daß damit eine Involvierung der juristischen Experten der Gewerkschaft stattfände.

Für den Bereich der Mitbestimmungsgesetze, die in den großen, in die Öffentlichkeit hineinwirkenden Unternehmen Anwendung finden, ist es nicht einsichtig, warum offensichtliche Mängel nicht innerhalb der Anfechtungsfrist gerügt werden sollten. Vielmehr müßte man, wenn man die wenig befriedigende Konsequenz vermeiden will, daß schwerste Mängel, die zu einem Legitimationsdefizit des gewählten Aufsichtsrates führen, nach Ablauf der Anfechtungsfrist nicht mehr gerügt werden können, verlangen, daß zunächst verborgen gebliebene Mängel nach Bekanntwerden einen Rechtsbehelf eröffnen müssen, sofern der Fehler so gewichtig ist, daß davon die Legitimationsgrundlage[16] der Aufsichtsratsvertreter abhängt.

Das Merkmal der Evidenz erscheint demnach als nicht ausreichend geeignet, eine Abgrenzung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen herbeizuführen. Insbesondere verbietet sich wegen der unterschiedlichen Interessenlage eine Übernahme der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt.

---

15 Vgl. Ulatovski, Betriebsratswahl in einem Kleinbetrieb, in: Betriebsräte berichten, 1977, S. 43ff.

16 Vgl. dazu etwa Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 321ff.

2. Fehlen des Anscheins einer Wahl

Als Abgrenzungsformel mit Anspruch auf Allgemeingültigkeit verwendet das BAG für den Bereich der Betriebsratswahl immer wieder die Formulierung, daß eine Betriebsratswahl dann nichtig sei, wenn „in einem so hohen Maße gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl verstoßen worden ist, daß auch der Anschein einer Wahl nicht mehr vorliegt“[17].

Küchenhoff mißt dabei die allgemeinen Grundsätze jeder ordnungsmäßigen Wahl an den Anforderungen, die Artikel 38 GG für die Bundestagswahl aufstellt. Soweit es an den konstituierenden Merkmalen Allgemeinheit, Unmittelbarkeit, Freiheit, Gleichheit und geheimer Wahl fehle, so sei ein Wahlakt für Repräsentativorgane des Volkes oder seiner Teile im sozialen Rechtsstaat nicht vorhanden[18].

Ähnlich formuliert Spielbüchler[19] für den Bereich des Österreichischen Betriebsrätegesetzes. Er will Nichtigkeit dann annehmen, wenn eine Häufung von grundsätzlichen Verstößen die Wahl zum Zerrbild einer Wahl machen. Dabei soll es nur auf die elementarsten Grundsätze einer Wahl im *allgemeinen*, nicht auch auf jene einer Betriebsratswahl im *besonderen* ankommen[20].

All diese Formulierungen tragen zwar dem Gesichtspunkt Rechnung, daß es unerträglich wäre, wenn trotz schwerster Mängel die Wahl bestandskräftig wäre, weil eine Anfechtung nicht erfolgte. Ob dabei allerdings der Rekurs auf die allgemeinen Wahlprinzipien bei der Bestimmung eines schweren Mangels geeignet ist, muß bezweifelt werden. Verstöße gegen die allgemeinen Wahlprinzipien, wie die geheime Wahl, werden traditionell nur als Anfechtungsgrund betrachtet, zumindest dann, wenn keine Häufung mit anderen Verfahrensverstößen vorliegt[21]. Der für das parlamentarische Wahlrecht der Bundesrepublik bestimmende Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl ist dazuhin weder durch das Mitbestimmungsergänzungsgesetz noch das Mitbestimmungsgesetz übernommen worden[22]. Er

---

17 BAG AP Nr. 1 zu § 18 Betriebsverfassungsgesetz 1952; AP Nr. 5, 10 zu § 3 Betriebsverfassungsgesetz = DB 63, 622 und DB 70, 449; auch BVerwG AP Nr. 5 zu § 7 PersVG und LAG Düsseldorf, DB 73, 2050.

18 Vgl. auch BAG AP Nr. 1 zu § 68 PersVG Baden-Württemberg: „Die Betriebsverfassung ist ein Teil der Wirtschafts- und Sozialverfassung und damit der Gesamtordnung des Staates zugeordnet. Insofern gilt auch für sie das Prinzip der demokratischen Legitimität.“

19 Spielbüchler in Anmerkung zu OHG ZAS 77, 27 (28 ff). Vgl. auch § 60 des Österreichischen Arbeitsverfassungsgesetzes, das ein Normierung über die Nichtigkeit der Betriebsratswahl enthält: „Die Nichtigkeit der Wahl kann bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses jederzeit auch durch Antrag auf Feststellung beim Einigungsamt geltend gemacht werden. Die Entscheidung des Einigungsamtes über die Nichtigkeit der Wahl hat bindende Wirkung.“ Abgedruckt bei Floretta/Strasser, Arbeitsverfassungsgesetz 1974.

20 Für Philipp, Rechtliche Risiken des Wahlmännerverfahrens nach dem Mitbestimmungsgesetz, BB 77, 549, 551 sind die Prinzipien entscheidend, die sich aus dem Demokratiegebot ergeben.

21 Herschel, Zur Geheimhaltung der Betriebsrätewahl, DB 63, 1046 mit Beispielen; LAG Hamm, DB 76, 1920; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 24 mit weiteren Nachweisen.

22 Auch § 76 IV 2 Betriebsverfassungsgesetz 52 sieht die Möglichkeit einer mittelbaren Wahl vor.

dürfte demnach schwerlich zu den tragenden Prinzipien des Rechtsstaates gehören, die die Einhaltung auch im Bereich der Arbeitnehmerwahlen nach den Mitbestimmungsgesetzen gebieten.

II. Gründe für die Notwendigkeit einer fallgruppenbezogenen Nichtigkeit

Eine Übernahme der abstrakten Unterscheidungsformeln, wie sie die Rechtsprechung zur Betriebsratswahl aufgestellt hat, scheitert zudem an einer vergleichbaren Situation für die Aufsichtsratswahl. Die Aufsichtsratswahl der Arbeitnehmer entspricht einem anderen Typus[23] als die Betriebsratswahl. Es differieren die Zahl der Anfechtungsberechtigten, die Bedeutung für die Arbeitnehmer, das Unternehmen und die Öffentlichkeit, die wahlimmanenten Kontrollinstanzen[24], die eine Zuordnung der fehlerhaften Aufsichtsratswahl zu einem anderen empirischen Typus bedingen als die Betriebsratswahl. Auch in normativer Hinsicht bestehen durch die Regelung der nichtigen Aufsichtsratswahl der Anteilseigner andere Vorgaben wie für die Betriebsratswahl[25]. Abstraktionen für die nichtige Aufsichtsratswahl der Arbeitnehmer zu leisten, scheint schwer möglich zu sein. Zudem besteht die Gefahr, wenig aussagekräftige Begriffe zu finden, wie sie durch die „Schwere des Fehlers" und das Fehlen des „Anscheins einer Wahl" bereits vorgezeichnet sind. In diesem Sinn scheint die Abstraktion von Nichtigkeitsgründen ein ungelöstes Problem zu sein[26].

Angemessen könnte eine fallgruppenbezogene Abgrenzung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen sein. Dies kann dadurch geschehen, daß die Nichtigkeitsgründe für die Arbeitnehmerwahl enumerativ aufgelistet werden. Zwar wird auch dabei abstrahiert, jedoch auf einer für die Anwendung des Gesetzes in der

---

23 Zum Typus in der Rechtstheorie vgl. K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 425 ff; Kuhlen, Typuskonzeption in der Rechtstheorie, 1977.

24 Vgl. dazu die Erfahrungsberichte der einzelnen Gewerkschaften über die Aufsichtsratswahl der Arbeitnehmer im Jahre 1978, abgedruckt in Gewerkschaftliche Monatshefte 1978, S. 666 ff; vgl. etwa Bericht der IGCPK (S. 684), wonach über 1 ½ Jahre fast alle Organisationsstellen der Gewerkschaft mit den Aufsichtsratswahlen befaßt worden waren. 54 Schulungen mit mehr als 2400 Teilnehmern fanden statt. Es gab Wahlbeauftragte, die alle Vorkehrungen für die Durchführung der Aufsichtsratswahl zu treffen hatten. Sie hatten auch die Wahlvorstände zu beraten.

25 Vgl. Kunze, Mangelnde gesetzliche Befähigung zum Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft, RdA 56, 125, der ausführt, daß die §§ 76 und 77 Betriebsverfassungsgesetz 52 nur äußerlich Bestandteile des Betriebsverfassungsgesetzes seien. Ihrem sachlichen Gehalt nach enthielten sie jedoch unternehmensverfassungsrechtliche Bestimmungen. Er verneint dann eine entsprechende Anwendung des § 18 Betriebsverfassungsgesetz (jetzt § 19 Betriebsverfassungsgesetz) in vollem Umfang. Die Bestimmung sei vielmehr nur insoweit anwendbar, als das Wesen der Wahl als eines unternehmensverfassungsrechtlichen Vorganges nicht entgegenstünde.

26 So Thieme, Evidenz und Nichtigkeit, DöV 62, 686 (688).

Praxis akzeptablen Abstraktionshöhe. Zudem kann sich hierfür eine Notwendigkeit aus Gründen der Rechtssicherheit ergeben[27].

1. Nichtigkeit von Wahlen und Rechtssicherheit

a) Das aktienrechtliche Enumerationsprinzip

Bis zum Jahre 1937 war für Beschlüsse der Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften lediglich die Anfechtungsklage mit Einmonatsfrist geregelt; Voraussetzung und Folgen einer von selbst eintretenden Nichtigkeit waren unklar. Erst mit dem Aktiengesetz 1937 ist eine enumerative Aufzählung der Nichtigkeitsgründe erfolgt. Nach der Begründung[28] führte die Möglichkeit, die Nichtigkeit zeitlich unbeschränkt geltend zu machen, in Verbindung mit der Tatsache, daß die Grenze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nur sehr schwer zu ziehen war und auch die Rechtsprechung bei ihrer Feststellung zunächst sehr schwankte, zu einer Unsicherheit in den wirtschaftlichen Verhältnissen der Aktiengesellschaften[29]. Das Bestreben nach Rechtsklarheit leitete sich aus der Interessenlage der Beteiligten ab[30]. Durch die gesetzliche Normierung sind dabei Gesellschafter-, Gläubigerinteressen und das öffentliche Interesse berücksichtigt.

Aber auch für das insoweit lückenhafte GmbH- und Vereinsrecht, teilweise auch für das Personenhandelsrecht, sind Rechtssicherheitsgründe[31] entscheidend, die aktienrechtlichen Vorschriften über die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen zu übertragen. Neuerdings bestehen Überlegungen, den Grundsatz der prinzipiellen Nichtigkeit eines fehlerhaften Beschlusses bei den Personenhandelsgesellschaften und im Vereinsrecht zugunsten des prinzipiellen Erfordernisses einer befristeten Anfechtung umzukehren. Dabei dient das Anfechtungserfordernis der Einschränkung, nicht der Ausdehnung von Nichtigkeitfolgen[32], da durch die Befristung des Rechtsbehelfes die Rechtssicherheit erreicht wird.

Im GmbH-Recht geht das Bestreben nach Rechtssicherheit so weit, daß eine entsprechende Anwendung aller aktienrechtlichen Bestimmungen in Betracht

---

27 Vgl. zur Enumeration und Rechtssicherheit Scholz, Die Rechtssicherheit, S. 42.

28 Vgl. bei Klausing, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nebst Einführungsgesetz und Amtlicher Begründung, 1937 Teil 2, S. 171 ff.

29 Durch die gesetzliche Normierung wurde auch klargestellt, daß nicht etwa die Geltendmachung durch Anfechtung, sondern die Nichtigkeit die Ausnahme bei fehlerhaften Gesellschafterbeschlüssen darstellt.

30 Zum Begriff der Rechtsklarheit als Unterfall der Rechtssicherheit: Herschel, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, JZ 67, 727; Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 436 ff.

31 Vgl. Scholz, Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen und Rechtssicherheit, GmbH-Rundschau 1952, 161 und 1954, 65; K. Schmidt in Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 45 Rz. 51.

32 Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 381.

kommen soll, sofern nicht zwingende Gründe entgegenstehen[33]. Einigkeit besteht insoweit, als die sinngemäße Anwendung der Vorschriften des Aktiengesetzes nicht zu einer Erweiterung der nichtigen Gesellschafterbeschlüsse führen soll[34]. Im Hinblick auf die verschiedene Interessenlage und das Bedürfnis nach Rechtssicherheit werden aber auch Unterschiede zum Aktienrecht erkennbar: Ist etwa bei einer GmbH der Kreis der an der Beschlußfassung Beteiligten überschaubar, besteht ein geringeres Bedürfnis, Nichtigkeit möglichst klar zu umreißen. So wird das gegenseitige Vertrauen der Gesellschafter darauf, die Mangelhaftigkeit eines Beschlusses nicht nach Jahr und Tag noch geltend zu machen, eine große Rolle spielen[35]. Zumindest besteht eher die Bereitschaft außerprozessualer Einigung.

Die Wahlbeschlüsse von Aktiengesellschaften und GmbH's, die dem Mitbestimmungsgesetz unterliegen, weisen im übrigen unter den Gesellschafterbeschlüssen dasselbe Bedürfnis nach Rechtssicherheit auf. Dies hängt mit den gravierenden Folgen einer nichtigen Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern zusammen. Geringer ist die Tragweite von Wahlbeschlüssen in Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die einen Aufsichtsrat nur nach Betriebsverfassungsgesetz 1952 bilden: Einem solchen Aufsichtsrat fehlt etwa die Kompetenz zur Bestellung und zum Widerruf der Geschäftsführer.

b) Das Erfordernis der Rechtssicherheit bei den Arbeitnehmerwahlen

Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, das bei der Anteilseignerwahl zu einer Limitierung der Nichtigkeitsgründe geführt hat, muß in demselben Maße auch für die Arbeitnehmerwahlen vorhanden sein. Die Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter sind Mitglieder ein und desselben Organs. Sie wirken mit gleicher Stimme an den Beschlüssen des Aufsichtsrates mit. Der Gesetzgeber hat dem Bedürfnis der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Unternehmens durch eine klare Abgrenzung der Nichtigkeitsgründe im Bereich der Anteilseignerwahlen Rechnung getragen.

Das im Aktiengesetz zum Ausdruck kommende Rechtssicherheitsinteresse ist unteilbar. Es muß auch für die Arbeitnehmerwahl gelten. Das Rechtssicherheitsinteresse kann sich nur einheitlich auf die Funktionsfähigkeit des gesamten Organs Aufsichtsrat beziehen, da Handlungen durch Beschlüsse aller Aufsichtsratsmitglieder zustandekommen.

Das Interesse an Rechtsklarheit über die Nichtigkeitsgründe der Wahl der Arbeitnehmervertreter geht dabei über die beteiligten Arbeitnehmer hinaus und ergreift sowohl die Anteilseignerseite als auch Gläubiger der Gesellschaft. In die-

---

33 K. Schmidt in Scholz, GmbH-Gesetz, § 45 Rz. 10.

34 Schilling in Hachenburg, Anhang zu § 47 Anmerkung 20.

35 Vgl. die Erörterung von Raiser, Privatautonome Mitbestimmungsregelungen, BB 77, 1461 (1466), der für den Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes Vereinbarungen über den Verzicht auf die Wahlanfechtung für möglich hält.

ser Ausdehnung der an Rechtsklarheit interessierten Gruppen dürfte ein wesentlicher Unterschied zur Betriebsratswahl liegen.

aa) Interessen der Arbeitnehmer

Die Nichtigkeit von Wahlen muß zu Wahlwiederholungen führen. Anders als bei der Anfechtung der Wahl kann es dabei nicht nur zur einmaligen Wiederholung kommen. Da die Nichtigkeit der Wahl zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden kann, ist es denkbar, daß es im Laufe der Amtszeit eines Aufsichtsrates zu mehreren Wahlwiederholungen kommt, wenn einzelne Aufsichtsratsmitglieder neu gewählt werden müssen. Demgegenüber ermöglicht bei der Anfechtung der Wahl die Anfechtungsfrist eine *Bündelung* der erforderlichen Wahlakte, etwa bei Anfechtung der Wahl einzelner Aufsichtsratsmitglieder: Nach Ablauf der Frist läßt sich das Ausmaß der angefochtenen Wahl überblicken; dem kann durch *eine* Neuwahl Rechnung getragen werden. Dieser Bündelungseffekt ist bei Nichtigkeit der Wahl nicht erreichbar. Angesichts der Kompliziertheit der Wahl[36] würde dies zu einer Wahlmüdigkeit der Arbeitnehmer führen. Eine Häufung von Wahlen würde das Interesse der Arbeitnehmer an ihrer Beteiligung am Aufsichtsrat durch Wahl von Vertretern erlahmen lassen[37]. Von den Arbeitnehmern wird in aller Regel ein vorhandenes Wahlergebnis mit seiner befristeten Mandatsübertragung respektiert.

Zudem können auch die gesellschaftspolitischen Zielsetzungen des Mitbestimmungsgesetzes[38] durch diese beschriebenen Fernwirkungen beeinträchtigt werden. Jede Wahlwiederholung führt zu Funktionsstörungen in der Ausübung des Mandats durch die Arbeitnehmervertreter. Einarbeitungszeiten des neuen Aufsichtsrates während einer Amtsperiode beeinträchtigen eine effektive Interessenwahrnehmung für die Arbeitnehmer. Schließlich kann durch die Nichtigkeit einer Wahl und die erforderliche Neuwahl der Betriebsfriede leiden[39].

---

36 Vgl. Säcker, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, Vorwort S. V; Wlotzke, Zusammensetzung und Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer, ZGR 77, 355, 372; Schwegler, Das neue Mitbestimmungsgesetz aus gewerkschaftlicher Sicht, BlStSoz ArbR 76, 168 ff; Schröder, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 25.

37 Zur Wahlmüdigkeit vgl. Naendrup in Großkommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 7 Anmerkung 41; Wlotzke, Zusammensetzung und Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer, ZGR 77, 372; Schröder, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 26; zur Betriebsratswahl wird auf diesen Gesichtspunkt von BAG AP Nr. 11 zu § 18 Betriebsverfassungsgesetz 1952 hingewiesen; für die Aufsichtsratswahl der Arbeitnehmer nach den §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz 1952: BAG AP Nr. 16 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz.

38 Dazu BVerfGE 50, 290 ff = NJW 79, 699 ff.

39 Auf diesen Gesichtspunkt bei Annahme von Nichtigkeit einer Betriebsratswahl weist LAG Düsseldorf, DB 73, 2050 (2051) hin.

bb) Gläubigerinteressen

Die Interessen der Gläubiger gehen dahin, daß ihnen eine ausreichende Haftungsgrundlage zur Verfügung steht und daß eine Verantwortlichkeit derjenigen Personen besteht, die Sorge für das Schicksal des Unternehmens und damit auch aus der Sicht der Gläubiger für die Aufrechterhaltung des haftenden Kapitals zu tragen haben[40]. Der Aufsichtsrat nimmt dabei zum Teil an Geschäftsführungsmaßnahmen des Unternehmens teil, zum Teil hat er Aufgaben der Überwachung der Geschäftsführung zu erfüllen. Abgesichert wird diese Verantwortlichkeit des Aufsichtsrates durch eine Schadensersatzpflicht im Falle schuldhafter Verletzung von Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit gemäß §§ 116, 93 Aktiengesetz[41]. Diese Haftung besteht nicht nur für die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat, sondern kraft ausdrücklicher Verweisung in § 25 Mitbestimmungsgesetz auch für die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer[42].

Kontrovers beurteilt wird die Haftung nichtig gewählter Aufsichtsratsmitglieder. Während Zöllner[43] der Auffassung zuneigt, daß die Unwirksamkeit der Organstellung eine Verantwortlichkeit nach § 116 Aktiengesetz ausschließt, ist die herrschende Meinung[44] der Auffassung, daß § 116 Aktiengesetz auch auf nichtig gewählte Aufsichtsratsmitglieder Anwendung findet, wenn sich die Betreffenden im Aufsichtsrat betätigt haben und die Gesellschaft ihre Dienste entgegengenommen hat.

Deutlich ist jedoch die Gefahr, daß mangels klarer Regelung bei nichtiger Wahl ein Verantwortungsdefizit auftreten kann, das den Gläubigerinteressen entgegenläuft.

Wenn durch nichtige Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern eine Beschlußunfähigkeit des Aufsichtsrates herbeigeführt worden ist[45], ist die Funktionsfähigkeit des

40 Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, S. 540.

41 Die Schadenersatzpflicht von Aufsichtsratsmitgliedern gemäß §§ 116, 93 Aktiengesetz wurde lange Zeit als theoretisches Problem angesehen. In jüngerer Zeit gab es hierzu höchstrichterliche Entscheidungen: BGH NJW 79, 1923 (1824 ff); BGH NJW 80, 1629; dazu Ulmer, Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision, NJW 80, 1603 ff.

42 Für den Bereich des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes wird dieses Ergebnis aus § 5 Abs. 4 Mitbestimmungsergänzungsgesetz, § 4 Abs. 3 Montan-Mitbestimmungsgesetz gewonnen. Vgl. zur Ausgestaltung der Pflichten Kötter, Mitbestimmungsrecht, § 4 Anmerkung 20 b. Für die §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz wird die Anwendung von §§ 116, 93 Aktiengesetz für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bejaht. Vgl. Fitting/Auffarth/Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, § 76 Betriebsverfassungsgesetz 52, Rz. 125.

43 In Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Anmerkung 41.

44 RGZ 152, 277; Geßler/Hefermehl, Kommentar zum Aktiengesetz, § 116 Rz. 16; Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 101 Anmerkung 73; Baumbach/Hueck, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, § 116 Anmerkung 2.

45 Für den Bereich des Mitbestimmungsgesetzes ist zu beachten, daß der Aufsichtsrat selbst bei nichtiger Wahl sämtlicher Arbeitnehmervertreter beschlußfähig ist, wenn alle Anteilseignervertreter an der Beschlußfassung teilnehmen (vgl. §§ 108 Abs. 2 Aktiengesetz, 28 Mitbestimmungsgesetz).

Unternehmens beeinträchtigt[46]. Im Interesse der Gläubiger wird es auch sein, den Aufwand an Zeit und Geld[47] gering zu halten, der durch das Erfordernis *mehrerer* Neuwahlen entstünde[48].

Auch obliegt die Feststellung des Jahresabschlusses dem Aufsichtsrat; die vorherige Prüfung des Abschlusses dient auch dem Interesse der Gläubiger. Ein durch nichtige Wahl seiner Mitglieder beschlußunfähiger Aufsichtsrat kann dieser wichtigen Aufgabe nicht nachkommen.

cc) Gesellschafter-(Aktionärs-)interessen

Auch die Gesellscahfter haben ein Interesse an einem klar umrissenen Katalog von Nichtigkeitsgründen bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat. Dies hängt mit dem Interesse an einer Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Unternehmens zusammen. Diese ist aufgrund der Zuständigkeitsbefugnisse des Aufsichtsrates nur gegeben, wenn die Entscheidungsfähigkeit des Aufsichtsrates vorhanden ist[49]. Der Aufsichtsrat hat Mitwirkungsbefugnisse bei Geschäftsführungsmaßnahmen, er hat Prüfungspflichten und Einflußrechte bei der Aufstellung des Jahresabschlusses und er hat weitgehende Überwachungsbefugnisse gegenüber der Geschäftsführung. Bei Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat kann die erforderliche Entscheidungsfähigkeit des Aufsichtsrates nicht gegeben sein[50]. Aufsichtsratsbeschlüsse sind unwirksam, wenn der Aufsichtsrat beschlußunfähig war[51].

Die nichtige Wahl einzelner Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer führt so zur Unwirksamkeit des Beschlusses, wenn deren Stimmabgabe das Beschluß-

---

46 Zur Bedeutung der Funktionsfähigkeit des Unternehmens im Falle der Zulässigkeit besonderer Mehrheiten für die Wahlen der Anteilseignervertreter durch die Satzung: BGH, AG 80, 187.

47 Die Kosten der Wahlen trägt das Unternehmen, § 20 Abs. 3 Mitbestimmungsgesetz. Nach Niedenhoff, Aufsichtsratswahlen 1977/78, Langwieriger Weg zum Wahlergebnis, Arb.u.SozPol. 78, 430 muß ein Unternehmen in der Bundesrepublik ab 2000 Arbeitnehmern für die Aufsichtsratswahl nach dem Mitbestimmungsgesetz durchschnittlich ca. DM 500 000, ausgeben. Die Kostenspanne, bedingt durch die Unternehmensgröße, beläuft sich auf zwischen DM 10 000,– und DM 8 000 000,–.

48 Auf die Kostenbelastung in diesen Fällen stellt auch BAG AP Nr. 16 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz 1952 ab.

49 Dies wird erkennbar aus der Regelung im Montan-Mitbestimmungsrecht durch die Wahl des 11. Mannes; für den Bereich des Mitbestimmungsgesetzes vgl. die Ausführungen im Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, E 50, 290 ff.

50 Vor Einfügung des § 108 Abs. 2 Aktiengesetz war sogar umstritten, ob ein Aufsichtsrat, dem eine geringere als die festgesetzte Zahl von Mitgliedern angehört, beschlußfähig ist; vgl. auch § 10 Montan-Mitbestimmungsgesetz a.F. und auch die Kontroverse Lehmann, Vollständigkeit und Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrates im Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen (Westzonen), BB 51, 824 und Geßler, Vollständigkeit und Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrates im Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen (Westzonen), BB 51, 942.

51 BGHZ 24, 228.

ergebnis beeinflußt hat, ohne ihre Beteiligung der Beschlußantrag abgelehnt oder angenommen worden wäre.

Ungültig ist der Beschluß ferner, wenn sämtliche Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nichtig gewählt wurden und die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat entweder nicht vollzählig erschienen oder aber bei Anwesenheit aller ihrer Mitglieder der Beschluß nicht mit der Mehrheit ihrer Stimmen zustandegekommen ist[52].

Da fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse grundsätzlich von Anfang an nichtig sind[53], besteht bei nichtiger Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer eine große Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Unternehmens. Deren Bedeutung war für den Gesetzgeber auch Grund für Normierungen, die die Entscheidungsfähigkeit des Aufsichtsrates gewährleisten sollen[54].

So ist in § 29 Abs 2 Mitbestimmungsgesetz Vorsorge getroffen, daß Pattsituationen bei Abstimmungen aufgelöst werden. Der Gewährleistung der Beschlußfahigkeit des Aufsichtsrates gemäß § 28 Mitbestimmungsgesetz mindestens die Halfte der Mitglieder, aus denen er insgesamt zu bestehen hat, müssen an der Beschlußfassung teilnehmen dient die gerichtliche Ersatzbestellung der Aufsichtsratsmitglieder (§ 6 Mitbestimmungsgesetz, § 104 Aktiengesetz). Zwar soll die gerichtliche Bestellung nur ersatzweise zur Anwendung kommen. Aber gerade in den Fällen, in denen das Ersatzmitglied ebenfalls unwirksam gewählt ist und wegen der zeitlichen Nähe zur nächsten turnusmäßigen Wahl eine Neuwahl untunlich ist, soll die Möglichkeit der gerichtlichen Ersatzbestellung eine Lähmung des Organs Aufsichtsrat verhindern. Wie bedeutsam diese Ersatzbestellung vom Gesetzgeber angesehen wurde, zeigt die Antragspflicht des Vorstandes (§ 104 Abs. 1 Satz 2 Aktiengesetz). Das Antragsrecht zur gerichtlichen Bestellung erstreckt sich auf alle Aufsichtsratsmitglieder. Jeder Antragsberechtigte kann für jeden zu ergänzenden Aufsichtsratssitz einen Antrag stellen[55]. Aus dieser Harmonisierung kommt zum Ausdruck, daß sowohl für die Anteilseigner- als auch für die Arbeitnehmerbank möglichst Vollzähligkeit erreicht werden soll. Da jedoch die Ersatzbestellung zeitlich nicht nahtlos greift, läßt sich aus diesen Vorschriften entnehmen, daß Nichtigkeitsgründe einer erheblichen Einschränkung bedürfen.

---

52 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 25 Rz. 36.

53 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 25 Rz. 38; Geßler/Hefermehl, Kommentar zum Aktiengesetz, § 108 Anmerkung 6. Zu den Ausnahmen vgl. Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 108 Anmerkung 72 ff; ausführlich Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 25 Rz. 36 ff.

54 Vgl. die Auslegung des § 108 II 4 Aktiengesetz durch OLG Karlsruhe, BB 80, 1232 ff, das über die Wirksamkeit einer Satzungsänderung hinsichtlich der Beschlußfähigkeit eines mitbestimmten Aufsichtsrates zu befinden hatte.

55 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rz. 44 ff; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rz. 59.

c) Die Parallele zum parlamentarischen Wahlrecht

Die in einer Fallgruppenbildung liegende Einschränkung der Nichtigkeit entspricht einer generellen Entwicklung, die über das Arbeits- und Gesellschaftsrecht hinausreicht[56]. Simitis[57] und Pawlowski[58] haben von einer „Lehre der Nichtigkeitsbeschränkungen" gesprochen. Im übrigen fügt sich ein solches Zurückschneiden von Nichtigkeitsgründen auch in die Entwicklung des parlamentarischen Wahlrechtes ein. Dort ist dem Grundsatz der Wahlbestandssicherung[59] frühzeitig große Bedeutung zugemessen worden.

Von dem Offizial- und Totalitätsprinzip der Wahlprüfung zur Weimarer Zeit[60], wo die Wahl von Amts wegen und jedesmal zur Gänze überprüft wurde, ist die Entwicklung zum Anfechtungsgrundsatz weitergegangen[61], eine per-se-Nichtigkeit des Wahlaktes gibt es nicht mehr.

Das materielle Wahlprüfungsrecht hat dabei zugleich die absoluten Ungültigkeitsgründe verdrängt[62]. Dabei werden die absoluten Wahlfehler im Zusammenhang mit dem Erheblichkeitsgrundsatz gesehen, wonach eine Wahlkassation nur dann in Betracht kommt, wenn Wahlfehler vorliegen, die auf die Mandatsverteilung von Einfluß sind oder sein können[63].

Folgerungen aus dem Grundsatz der Wahlbestandssicherung sind die ex-nunc-Wirkung der Ungültigkeitserklärung von Wahlen mit der Folge, daß zwischenzeitliche Akte der Wahlkörperschaft bestehenbleiben[64], und das Erfordernis von Kausalität des Fehlers für das Wahlergebnis.

Das parlamentarische Wahlrecht ist im Hinblick auf die Rechtssicherheit der erfolgten Wahl besonders empfindlich. Die weitreichenden Folgen bedingen die Aufgabe der Annahme einer nichtigen Wahl.

d) Rechtssicherheit durch Nichtigkeit

Die bisher behandelten Aspekte der Rechtssicherheit zielten auf eine Einschränkung der Nichtigkeitsgründe, um dem Interesse der Beteiligten an der Bestandskraft einer Wahl und der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Auf-

56 Vgl. Hübner, Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften in Festschrift für Franz Wieacker, S. 399 ff.
57 Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, S. 206 ff.
58 Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966, S. 161 ff.
59 Vgl. dazu v. Heyl, Wahlfreiheit und Wahlprüfung, 1975, S. 203.
60 Vgl. Seifert, Bundeswahlrecht, S. 74 und 380.
61 So werden Bundestagswahlen nur auf Einspruch hin überprüft. Vgl. Artikel 41 GG, § 2 Wahlprüfungsgesetz; gegenüber früher, wo die Parlamente selbst ausschließlich über die Ordnungsgemäßheit einer Wahl entschieden haben, kann jetzt gerichtliche Kontrolle beantragt werden.
62 Schmiemann, Wahlprüfung im Kommunalwahlrecht, 1972, S. 100.
63 BVerfGE 4, 370 ff.
64 Maurer, Die verfassungswidrige Bundestagswahl, S. 20 ff.

sichtsrates zu genügen. Daneben gibt es auch Rechtssicherheitsinteressen, die die Annahme von Nichtigkeit einer Wahl gebieten. Dies ist dann der Fall, wenn die bei der Wahl verletzte Vorschrift selbst der Rechtssicherheit dient. So ist z.B. die unten § 4 I. 1. erörterte Einhaltung der formellen Richtigkeit der Zusammensetzung des Aufsichtsrates gemäß §§ 96 ff Aktiengesetz und die Verhinderung der Wahl eines zweiten Repräsentativorganes während der Amtszeit des ersten ein Gebot der Rechtssicherheit, das auch das Interesse an der Bestandskraft einer Wahl überlagert. Die beiden – scheinbar widerstreitenden – Rechtssicherheitsinteressen lassen sich in Einklang bringen, wenn einerseits eine Herausarbeitung derjenigen Vorschriften gelingt, deren Nichtbeachtung aus Rechtssicherheitsgründen zur Nichtigkeit der Wahl führen muß, andererseits gleichzeitig eine Enumeration der Nichtigkeitsgründe erfolgt, die sich aus der Verletzung dieser rechtssicherheitsempfindlichen Vorschriften ergeben.

2. Bestimmung der Fallgruppen in Übernahme der Nichtigkeitsgründe des Aktiengesetzes

Das bei der Anteilseignerwahl im Hinblick auf die Rechtssicherheit durch die Enumeration der Nichtigkeitsgründe gelöste Problem der Vermeidung einer weiten und im vornhinein nicht bestimmbaren Nichtigkeit ist auf seine Eignung als Muster für die Bestimmung der Nichtigkeit der Arbeitnehmerwahl zu überprüfen. Soweit § 250 Aktiengesetz Mängel auflistet, die in *gleicher* Weise bei der Arbeitnehmerwahl auftreten können, erfordert das Prinzip der unteilbaren Rechtssicherheit (dazu oben § 3 II. 1. b) die Übernahme.

a) Verschiedentlich ist für diese Übernahme der Modellcharakter des Aktiengesetzes für die Behandlung unwirksamer Beschlüsse in den Vordergrund gerückt worden. So hält Raiser[65] § 250 Aktiengesetz für eine paradigmatische Konkretisierung des allgemeinen Rechtsprinzips, wonach Wahlen bei besonders krassen und offenbaren Gesetzesverstößen nichtig sind. K. Schmidt[66] hat in einer Untersuchung über fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen die Vorschriften des Aktiengesetzes als ein ausgereiftes, partiell und vielleicht sogar prinzipiell analogiefähiges Modell bezeichnet.

Dabei wird es nicht entscheidend darauf ankommen können, ob die Mitbestimmungsregelungen als Teil des Arbeitsrechts oder des Gesellschaftsrechts zu betrachten sind. Bei den Bestimmungen über die Wahl der Arbeitnehmervertreter ist man sich weitgehend einig, daß diese dem Arbeitsrecht zuzuordnen seien, weil das Wahlrecht an das Arbeitsverhältnis anknüpft[67].

65 Mitbestimmungsgesetz, § 22 Anmerkung 19.
66 In AG 77, 205.
67 G. Hueck, Zur Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, RdA 75, 35, 36; Hanau, Das Verhältnis des Mitbestimmungsgesetzes zum kollektiven

Auch bestehen zwischen der Wahl durch Beschluß der Hauptversammlung und der Wahl der Arbeitnehmer durch Abstimmung keine prinzipiellen Unterschiede.

Bei den Wahlen der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat durch die wahlberechtigten Arbeitnehmer läßt sich ebenfalls die rechtsgeschäftliche Kategorie des Beschlusses anwenden. Der Beschluß ist die Willensäußerung eines für eine Gemeinschaft maßgebenden Willens. Auch wenn die wahlberechtigte Arbeitnehmerschaft nicht körperschaftlich gebunden ist, so kann sie doch in den gesetzlich vorgesehenen Fällen einen einheitlichen Willen bilden, der verbindliche Wirkung für die betreffenden Arbeitnehmer hat. Bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter wird ein solch einheitlicher Wille durch die Abstimmung der wahlberechtigten Arbeitnehmer gebildet[68]. Der in der zivilrechtlichen Rechtsgeschäftslehre entwickelte Begriff der Nichtigkeit ist somit prinzipiell anwendbar.

b) Hoffmann/Lehmann/Weinmann[69] wollen aus dem Grundsatz der Gleichheit[70] oder der Gleichberechtigung[71] aller Aufsichtsratsmitglieder eine Übertragung der Nichtigkeitsgründe des Aktiengesetzes auf die Mitbestimmungsregelungen herleiten[72].

Der Grundsatz der Gleichberechtigung ist in § 4 Abs. 3 Montan-Mitbestimmungsgesetz ausdrücklich geregelt. Für den Bereich des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes verweist § 5 Abs. 4 auf die Regelung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes. Für das Mitbestimmungsgesetz ist man sich einig, daß dieser Grundsatz ebenfalls Geltung beansprucht. Als reine Selbstverständlichkeit ist er nicht ausdrücklich normiert worden.

Zumindest fraglich dürfte es sein, aus diesem Grundsatz der gleichen Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder auf eine Gleichstellung beim Verlust des Aufsichtsratsamtes zu schließen[73]. Der Grundsatz der gleichen Rechtsstellung ist in

---

Arbeitsrecht, ZGR 77, 397 ff; Schnorr, Wechselwirkungen zwischen Gesellschaftsrecht und Betriebsverfassungsgesetz bei der Aufsichtsratswahl, AuR 53, 65 ff; BVerfGE 25, 392, 404, 407 rechnet die Mitbestimmung im Aufsichtsrat zum „Sozialordnungsrecht". Dieser Begriff wird aber nicht weiter erläutert. Er wird ansonsten auch nicht verwandt.

68 Vgl. Frey, Die Rechtsnatur der Belegschaft und des Betriebsrates, RdA 60, 89, 92. Zum ganzen auch Raiser, Privatautonome Mitbestimmungsregelungen, BB 77, 1461 (1462 f), der von der Arbeitnehmerschaft als teilrechtsfähigem Verband mit Repräsentativorganen ausgeht.

69 Mitbestimmungsgesetz, § 22 Anmerkung 50.

70 A. a. O., Anmerkung 50; vgl. dazu auch Säcker, Die Anpassung der Satzung der Aktiengesellschaft an das Mitbestimmungsgesetz, DB 77, 1791, 1793.

71 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Mitbestimmungsgesetz, § 6 Anmerkung 16.

72 Ballerstedt, Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht, ZGR 77, 133, 136 will den Grundsatz der Gleichberechtigung und Gleichgewichtigkeit bei der Behebung von Interpretationszweifeln und für sonstige Konfliktslösungen heranziehen.

73 Dazu Schwela, Anfechtung der Wahl von Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat, BB 63, 1375, der von einer lückenlosen Gleichbehandlung auch in der Rechtsstellung fehlerhaft gewählter Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner und Arbeitnehmer ausgeht.

erster Linie ein funktionelles Prinzip[74], das einerseits den gleichen Einfluß auf die Geschäftsführung des Aufsichtsrates sichern soll[75], andererseits auch gleichartige Pflichten[76] der Aufsichtsratsmitglieder statuiert. Umgekehrt läßt sich dem Prinzip, bezogen auf die Dauer der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat, ein Diskriminierungsverbot entnehmen. „Es soll vermieden werden, daß die Amtszeit der Arbeitnehmervertreter gegenüber der der Anteilseignervertreter verkürzt wird"[77].

Die Anwendung des funktionellen Prinzips der Gleichheit bereits auf den der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat vorausgehenden Wahlakt mit der daraus hergeleiteten Folge einer Übernahme der Nichtigkeitsgründe des Aktiengesetzes für die Arbeitnehmerwahl dürfte unrichtig sein: Das für die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat statuierte Prinzip der Gleichheit gibt für die Frage der Behandlung der „genetischen Defekte"[78] nichts her.

Aus dem funktionellen Prinzip der gleichen Rechtsstellung der Arbeitnehmer wird man allenfalls entnehmen können, daß die zur Beendigung der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat führenden Rechtsbehelfe bei beiden vertretenen Gruppen Rechtsfolgen mit prinzipiell gleicher Reichweite vorsehen müssen[79]. Der Status nichtig gewählter Aufsichtsratsmitglieder sei ein anderer als derjenige nur anfechtbar gewählter. Auch dürfte der Status von Aufsichtsratsmitgliedern einer Gruppe nicht durch weitere Arten von Rechtsbehelfen verunsichert werden.

Die Beendigungsarten für die Mitglieder im Aufsichtsrat sind für die Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter gleich geregelt. So ist für beide Gruppen die Anfechtung der Wahl und die gerichtliche Abberufung vorgesehen. Auch die Möglichkeit einer wechselseitig bestehenden Antragsbefugnis für die Ersatzbestellung von Aufsichtsratsmitgliedern kann in diesem Zusammenhang eingegliedert werden. Bei der unterschiedlichen Ausgestaltung der Wahlverfahren zur Bestellung

74 Vgl. dazu Schröder, Mangel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 24.

75 So ist nach OLG Karlsruhe, BB 80, 1232 (1243) eine ungleiche Behandlung der beiden Gruppen bei der Regelung der Beschlußfähigkeit des mitbestimmten Aufsichtsrates unzulässig. Vgl. auch Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 108 Rz. 51.

76 Vgl. den für Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter geltenden § 116 Aktiengesetz. Vgl. dazu auch die Streichung der in § 76 Betriebsverfassungsgesetz 1952 festgelegten Schweigepflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durch § 40 EG AktG.

77 So BAG AP Nr. 19 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz in Herausarbeitung des Wertungsgesichtspunktes des § 76 Abs. 2 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz 1952. Das BAG führt weiter aus, daß diese Vorschrift auch die Kontinuität in der Zusammensetzung des Aufsichtsrates gewährleisten soll.

78 Schröder, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 24.

79 So folgert Säcker, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, Anmerkung 268, daß aus dem Gleichbehandlungsgebot von Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und Arbeitnehmer folge, daß die jeweilige Anfechtung der Wahl rückwirkende Kraft haben muß. Dagegen Fitting/Wlotzke/Wißmann, Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 38 mit der Bemerkung, daß im Aktienrecht überwiegend die Meinung vertreten werde, daß die Anfechtung nur ex nunc wirke.

der Aufsichtsratsmitglieder ist es nicht möglich, innerhalb der gleichen Beendigungsarten auch gleiche Beendigungsgründe zu verlangen[80].

Immerhin fällt auch hier eine weitgehend gleichartige Regelung auf. So sind für die Beschlüsse zur Abberufung eines Aufsichtsratsmitgliedes jeweils 3/4-Mehrheiten erforderlich[81]. Die gerichtliche Abberufung ist durch Verweis in § 6 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz auf § 103 Abs. 3 Aktiengesetz identisch ausgestaltet[82].

Diese Parallelität wird ergänzt durch eine Verschränkung der Antragsbefugnisse bei den Rechtsbehelfen. So wird die Entscheidung über die Stellung eines Antrags, ein Aufsichtsratsmitglied durch gerichtliche Entscheidung abzuberufen, mit einfacher Mehrheit getroffen, sowohl wenn es um die Abberufung eines Aufsichtsratsmitgliedes der Anteilseigner als auch der Arbeitnehmer geht[83]. Bei der Nichtigkeitsfeststellung der Wahl der Anteilseigner hat die Arbeitnehmerseite über ihre Betriebsvertretungen bzw. in der Gesellschaft vertretenen Gewerkschaften eine Klagebefugnis. Umgekehrt soll nach Martens[84] bei der Feststellung der Nichtigkeit von Wahlakten, durch die Arbeitnehmervertreter zu Mitgliedern des Aufsichtsrates bestellt worden sind, den Kapitaleignern eine Antragsbefugnis zustehen. Bei der Antragsbefugnis für das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren wird damit der § 250 Aktiengesetz übernommen.

Es ist somit festzustellen, daß das Arsenal der Rechtsbehelfe, die den Verlust eines Aufsichtsratsamtes herbeiführen können, bei den Anteilseigner- und Arbeitnehmerwahlen gleich ist.

Da die Wahlverfahren bei der Anteilseigner- und der Arbeitnehmerwahl unterschiedlich ausgestaltet sind, ist zwar auch die Art der Verstöße verschieden. Es läßt sich jedoch belegen, daß die Schwere von Rechtsverletzungen während des Wahlverfahrens bei Anteilseigner- und Arbeitnehmerwahlen gleichgewichtet wird. So besteht für beide Rechtsgebiete Einigkeit, daß nur eine Verletzung wesentlicher Vorschriften eine Anfechtung der Wahl rechtfertigt[85]. Ein Verstoß gegen Ordnungsvorschriften und im Regelfall auch gegen Sollvorschriften ist daher unbeachtlich.

Unterschiede ergeben sich bei der Anfechtung der Wahl für die Anfechtungsfrist[86]. Das Prinzip der Gleichheit der Aufsichtsratsmitglieder bedingt also nur

---

80 Für die Wählbarkeitsvoraussetzungen gilt allerdings, daß bei Geltung identischer Wählbarkeitsvoraussetzungen für Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter gleiche Verstöße hiergegen zu gleichen Rechtsfolgen führen. Siehe unten in diesem Kapitel; so auch Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 12.

81 § 103 Abs. 1 AktG; § 23 Abs. 3 Mitbestimmungsgesetz; § 11 Abs. 2 Montan-Mitbestimmungsgesetz, § 10 Abs. 1 Satz 4 Mitbestimmungsergänzungsgesetz; § 76 Abs. 5 Satz 2 Betriebsverfassungsgesetz 1952.

82 OLG Karlsruhe, BB 80, 1232 (1234) sieht hierin eine Ausformung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

83 § 103 Abs. 3 Satz 2 Aktiengesetz.

84 Mitbestimmungsrecht und Prozeßrecht, ZGR 77, 385, 393, 394.

85 Für das Aktienrecht Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 243 Rz. 61 ff. Für die Arbeitnehmerwahlen vgl. den Wortlaut von §§ 21, 22 Mitbestimmungsgesetz, § 8 Abs. 2 Mitbestimmungsergänzungsgesetz.

86 Bei der Anteilseignerwahl 1 Monat: § 251 Abs. 3, § 246 Abs. 1 AktG; bei der Arbeit-

insoweit Gleichheit der Rechtsfolgen entstehungsgebundener Fehler, als dadurch prinzipiell unterschiedliche Auswirkungen auf den Status der Aufsichtsratsmitglieder verhindert werden sollen.

c) Teilweise will man aus einer grundsätzlichen Vorrangstellung des Gesellschaftsrechts gegenüber den Mitbestimmungsregelungen Folgerungen der Lückenfüllung der Mitbestimmungsgesetze ziehen[87].

Eine solche prinzipielle Vorrangstellung existiert jedoch nicht. § 6 Mitbestimmungsgesetz statuiert einen Vorrang seiner gesetzten Rechtsnormen vor denen des jeweiligen Gesellschaftsrechtes. Darin enthalten sind gerade auch die Wahlvorschriften zur Besetzung des Aufsichtsrates. Probleme entstehen dadurch, daß § 6 Mitbestimmungsgesetz auf die Voraussetzungen des Aktiengesetzes verweist, ohne daß gleichzeitig die Rechtsfolgen des Aktiengesetzes mit in Bezug genommen sind. So ist hinsichtlich der Wählbarkeit auf §§ 100 und 105 Aktiengesetz Bezug genommen, nicht jedoch auf die für Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner eintretende Rechtsfolge der §§ 250 ff Aktiengesetz. Dasselbe gilt für die §§ 96 ff Aktiengesetz.

d) Ob bei einem gleichzeitigen Fehlen einer speziellen mitbestimmungsrechtlichen Rechtsfolge die Nichtigkeitsregelung des Aktiengesetzes übernommen werden kann, läßt sich so nur aus einer Einzelanalyse der jeweiligen Vorschriften entnehmen. Im folgenden soll daher untersucht werden, ob ein und derselbe Verstoß, der auf Anteilseignerseite Nichtigkeit hervorruft, dieselbe Rechtsfolge auf die Arbeitnehmerwahl auslöst.

---

nehmerwahl 2 Wochen nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses. §§ 21 und 22 Mitbestimmungsgesetz; § 8 Abs. 2 Mitbestimmungsergänzungsgesetz; für Betriebsverfassungsgesetz 1952 gilt die entsprechende Anwendung des § 19 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz.

87 Vgl. zu diesem Problem Fitting/Wlotzke/Wißmann, Mitbestimmungsgesetz, § 25 Rz. 7; Raiser, Mitbestimmungsgesetz, § 26 Anmerkung 6 ff; Reuter/Körnig, Mitbestimmung und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit, ZHR 140 (1976), 494 ff; Reich/Lewerenz, Das neue Mitbestimmungsgesetz, AuR 1976, 261 ff; Naendrup, Mitbestimmungsgesetz und Organisationsfreiheit, AuR 77, 225 ff und 268 ff; Steindorff, Kommanditgesellschaft auf Aktien und Mitbestimmung, in Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 127 ff; Säcker, Die Anpassung der Satzung der Aktiengesellschaft an das Mitbestimmungsgesetz, DB 77, 1849; Duden, Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz, ZHR 141 (1977), 145 ff; Wiedemann, Aufgaben und Grenzen der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer, BB 78, 5 ff; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 25 Rz. 5 ff.

§ 4
Systematisierung der Nichtigkeitsgründe für die Mitbestimmungsgesetze

I. Nichtigkeit bei einem Verstoß gegen die §§ 96 Abs. 2, 97 Abs. 2 Satz 1, 98 Abs. 4 Aktiengesetz

Bei einem Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 96 Abs. 2, 97 Abs. 2 Satz 1 oder 98 Abs. 4 Aktiengesetz tritt gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 Aktiengesetz Nichtigkeit der Wahl der Anteilseignervertreter zum Aufsichtsrat ein.

§ 96 Abs. 2 Aktiengesetz schreibt zunächst den Grundsatz der Kontinuität der Zusammensetzung des Aufsichtsrates fest. Erkennt der Vorstand, daß die bisherige Zusammensetzung des Aufsichtsrates materiellrechtlich falsch ist, etwa weil ein Gesetzesverstoß vorlag oder sich die zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, so hat er zwei Möglichkeiten: Er erläßt eine Bekanntmachung über die Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrates (§ 97 Abs. 1 Aktiengesetz), oder er ruft, wenn er selbst im Zweifel über die richtige Zusammensetzung des Aufsichtsrates ist, das Gericht nach § 98 Abs. 1 Aktiengesetz an. Im ersten Fall ist der Aufsichtsrat künftig entsprechend der Bekanntmachung zusammenzusetzen, sofern keiner der nach § 98 Abs. 2 Aktiengesetz Antragsberechtigten eine gerichtliche Entscheidung durch Anrufung des Gerichtes binnen Monatsfrist herbeiführt. Der alte Aufsichtsrat verliert dann sein Amt mit Ablauf der ersten Hauptversammlung, die nach Beendigung der Monatsfrist einberufen wird. Unabhängig davon erlischt das Amt spätestens 6 Monate nach Ablauf der Monatsfrist, § 97 Abs. 2 Satz 3 Aktiengesetz.

Nach überwiegender Auffassung[1] kann auch nach Beendigung der Monatsfrist seit Bekanntmachung des Vorstandes das Gericht nach § 98 Abs. 1 Aktiengesetz angerufen werden. Zunächst wird allerdings der Aufsichtsrat entsprechend der Bekanntmachung zusammengesetzt. Wird das Gericht angerufen, so bestimmt dieses mit Wirkung für und gegen alle (§ 99 Abs. 5 Aktiengesetz) die Zusammensetzung des Aufsichtsrates[2]. Zuständig für die Entscheidung ist das Landgericht,

---

1 Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, §§ 97–99 Rz. 27; Baumbach/Hueck, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, §§ 97–99 Randnummer 8; a. A. Obermüller/Werner/Winden, Die Hauptversammlung der Aktiengesetz, S. 239; Rummel, Die Mangelhaftigkeit der Hauptversammlung nach dem neuen Aktiengesetz, S. 23.

2 § 98 Abs. 3 Aktiengesetz eröffnet das gerichtliche Verfahren auch, wenn streitig ist, ob der Abschlußprüfer das nach § 3 Mitbestimmungsergänzungsgesetz maßgebliche Umsatzverhältnis richtig ermittelt aht. Davon kann die Frage abhängig sein, ob das Mitbestimmungsergänzungsgesetz überhaupt noch auf ein Unternehmen Anwendung findet, vgl. §§ 3, 4 Mitbestimmungsergänzungsgesetz.

§ 98 Abs. 1 Aktiengesetz[3]. Dessen Beschluß[4] ist bei der Neuwahl zu berücksichtigen, § 98 Abs. 4 Aktiengesetz. Die Antragsberechtigung ist seit Inkrafttreten des Mitbestimmungsgesetzes weiter gefaßt. Nunmehr ist auch jeweils der Gesamtbetriebsrat antragsberechtigt (vgl. § 98 Abs. 2 Nr. 4 und 5 Aktiengesetz) und auch Gewerkschaften, die nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist, ein Vorschlagsrecht hätten, § 98 Abs. 2 Nr. 8 Aktiengesetz.

Sofern die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes streitig ist, sind auch je 1/10 der wahlberechtigten Arbeiter, der Angestellten und der leitenden Angestellten antragsbefugt. Für letztere wird also der im Mitbestimmungsgesetz deutlich erkennbare Minderheitenschutz auch hier durchgeführt. Bei Gründung einer aufsichtsratspflichtigen Gesellschaft ist für den ersten Aufsichtsrat eine Beteiligung von Arbeitnehmervertretern nicht vorgeschrieben (§ 30 Abs. 2 Aktiengesetz).

Für die Änderung des ersten Aufsichtsrates sind nach § 30 Abs. 3 Aktiengesetz die Vorschriften der §§ 96–99 Aktiengesetz anzuwenden, so daß nunmehr gemäß § 98 Abs. 2 Aktiengesetz auch Arbeitnehmer bzw. deren Vertretungsorgane auf eine bestimmte Zusammensetzung des danach zu bildenden Aufsichtsrates einwirken können. Wird bei Änderung des ersten Aufsichtsrates das Verfahren nach den §§ 96 Abs. 2 ff Aktiengesetz nicht beachtet, so ist die Wahl des neuen Aufsichtsrates gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 Aktiengesetz nichtig. Abweichungen ergeben sich in den Fällen, in denen in das neu zu gründende Unternehmen ein bereits bestehendes Unternehmen als Sacheinlage eingebracht wird (§ 31 Aktiengesetz)[5].

1. Sinn des aktienrechtlichen Nichtigkeitsgrundes

Eine Analyse der Vorschriften der §§ 96 Abs. 2, 97 Abs. 2 und 98 Abs. 4 Aktiengesetz ergibt, daß diese Normen in starkem Maße der Rechtssicherheit dienen sollen[6]. Unabhängig von der materiellrechtlichen Richtigkeit ordnet § 96 Abs. 2 Aktiengesetz eine grundsätzliche Kontinuität der bisherigen Zusammensetzung des Aufsichtsrates an. Soll davon abgewichen werden, so ist es erforderlich, ein sogenanntes Überleitungsverfahren nach § 97 ff Aktiengesetz durchzuführen.

Wenn dabei der Vorstand die Zusammensetzung des Aufsichtsrates materiellrechtlich falsch beurteilt und so fehlerhaft bekanntmacht und innerhalb der Frist des § 97 Abs. 2 Aktiengesetz keine Anrufung des zuständigen Landgerichts gemäß § 98 Abs. 1 Aktiengesetz erfolgt, so ist der Aufsichtsrat zwingend entspre-

---

3 Einzelne Bundesländer haben von der Ermächtigung des § 98 Abs. 1 Satz 2 Aktiengesetz Gebrauch gemacht, so beispielsweise Baden-Württemberg mit Verordnung vom 10. 10. 1967, GVBl. 218, das die Zuständigkeit auf die Landgerichte Stuttgart und Mannheim konzentrierte.

4 § 99 Abs. 3 Satz 1 Aktiengesetz.

5 Zu den Einzelheiten vgl. Rummel, Die Mangelhaftigkeit von Aufsichtsratswahlen der Hauptversammlung nach dem neuen Aktiengesetz, S. 25.

6 So auch Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, §§ 97–99 Rz. 1.

chend der Bekanntmachung des Vorstandes zusammenzusetzen. Bei Beschreiten des Rechtsweges muß der Aufsichtsrat entsprechend der gerichtlichen Entscheidung zusammengesetzt werden.

Sowohl §§ 96 Abs. 2, 97 Abs. 2 Satz 1 als auch 98 Abs. 4 Aktiengesetz ordnen demnach zwingend die Zusammensetzung des Aufsichtsrates entsprechend dem Grundsatz der Kontinuität bzw. dem jeweiligen Ergebnis des Überleitungsverfahrens an. Durch diesen Grundsatz der formellen Richtigkeit wird für jeden außenstehenden Dritten leicht und schnell erkennbar, ob eine Abweichung von der gesetzlich geforderten Zusammensetzung des Aufsichtsrates vorliegt. Dieser absolute Vorrang der formellen vor der materiellrechtlichen Richtigkeit dient somit in außerordentlichem Maße der Rechtssicherheit[7]. Dieses Prinzip wird jedoch nur dann für wirksam gehalten, wenn bei einer Zusammensetzung des Aufsichtsrates aufgrund eines Verstoßes gegen die formelle Richtigkeit der Nichtigkeit der Wahl ausgelöst wird. Nur durch die Ausgestaltung als Nichtigkeitsgrund kann dem Grundsatz der absoluten Rechtssicherheit Rechnung getragen werden.

2. Übernahme des Nichtigkeitsgrundes

In der Literatur wird teilweise ohne nähere Begründung von einer entsprechenden Anwendung des Nichtigkeitsgrundes für die Arbeitnehmerwahlen ausgegangen[8]. Raiser[9] hält § 250 Abs. 1 Nr. 1 Aktiengesetz für eine Ausprägung des allgemeinen Prinzips, wonach bei besonders krassen und offenkundigen Mängeln der Wahl Nichtigkeit eintreten müsse. Zudem ist er der Auffassung, daß die Notwendigkeit einer Analogie auch aus praktischen Erwägungen folgen müsse, weil „es schwer erträglich wäre, wenn wegen desselben Gesetzesverstoßes die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner nichtig, die der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat aber nur anfechtbar wäre". Demgegenüber nehmen Godin/Wilhelmi[10] Gültigkeit der Arbeitnehmerwahl in diesem Fall an. Sie halten sogar einen Aufsichtsrat für wirksam gewählt, der wegen Nichtigkeit der Wahl der Anteilseignervertreter nur aus Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer besteht. Dagegen wenden sich Obermüller/Werner/Winden[11]. Sie sind der Auffassung, daß Arbeitnehmervertreter wirksam nur gewählt werden können, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Sofern sie nicht bestehen, liege der Beschluß außerhalb der Zuständigkeit der Arbeitnehmer und sei deshalb unwirksam.

Für den Bereich des Unternehmensverfassungsrechtes ist zu beachten, daß

---

7 Vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 23.

8 Meyer/Landrut in Großkommentar Aktiengesetz, § 98 Anmerkung 6; Schilling in Großkommentar Aktiengesetz, § 250 Anmerkung 3; Geßler/Hefermehl, Kommentar zum Aktiengesetz, § 96 Rz. 53; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rz. 80 mit weiteren Nachweisen.

9 In Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rz. 6.

10 In Kommentar zum Aktiengesetz, § 96 Anmerkung 8.

11 In: Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, S. 239.

hier gerade die §§ 96 ff Aktiengesetz für den Fall eine eindeutige Regelung getroffen haben, daß durch Verkennung von Bezugsgrößen ein anderes Aufsichtsratsmodell gewählt wird[12]. Unterschiede zur Mangelhaftigkeit der Wahl der Betriebsratsmitglieder ergeben sich auch dadurch, daß der Aufsichtsrat im Gegensatz zum Betriebsrat kein ausschließlicher Repräsentant der Belegschaft ist.

a) Wenn § 6 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz ausdrücklich die §§ 96 Abs. 2 ff Aktiengesetz in Bezug nimmt, so bringt die Vorschrift damit zum Ausdruck, daß der Gedanke der Rechtssicherheit bei Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrates auch für einen Aufsichtsrat gilt, der nunmehr nach dem Mitbestimmungsgesetz bzw. nicht mehr nach dem Mitbestimmungsgesetz zusammenzusetzen ist. Durch den Verweis in § 6 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz ist zwar nicht auch gleichzeitig die Nichtigkeitsvorschrift des § 250 Aktiengesetz in Bezug genommen; jedoch kann das Prinzip der Rechtssicherheit nicht unterschiedlich für die Wahl der Arbeitnehmer- und der Anteilseignervertreter beurteilt werden. Die Rechtssicherheit ist im Hinblick auf die richtige Zusammensetzung des Aufsichtsrates für die Anteilseigner- und die Arbeitnehmerwahl *unteilbar*. Die hier gemeinte Rechtssicherheit tritt nämlich nicht nur zugunsten des jeweiligen Wahlkörpers der Anteilseigner ein. Die Rechtssicherheit in Bezug auf die richtige Zusammensetzung des Aufsichtsrates ist sowohl für die Anteilseigner und die Arbeitnehmer des Unternehmens als auch für außenstehende Dritte von Bedeutung. Die Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrates kann die mitbestimmungsrechtliche Komponente in starkem Maße tangieren. So dient die Einhaltung des formellen Verfahrens bei der neuen Bestimmung der Zusammensetzung des Aufsichtsrates gerade auch der Rechtssicherheit für die Arbeitnehmer des Unternehmens. Dem entspricht auch ein Antragsrecht bei der gerichtlichen Entscheidung der Zusammensetzung des Aufsichtsrates. Gemäß § 98 Abs. 2 Aktiengesetz sind nämlich Arbeitnehmer und ihre Vertretungsorgane auf Betriebsebene sowie Gewerkschaften und deren Spitzenorganisationen antragsbefugt.

b) Die Annahme eines Nichtigkeitsgrundes vermeidet auch die denkbare Konstellation, daß zwei gewählte Aufsichtsräte, der zweite etwa nur bestehend aus Mitgliedern der Arbeitnehmervertreter, nebeneinander existieren.

Das Status-quo-Prinzip des § 96 Abs. 2 Aktiengesetz bedeutet nämlich, daß bei fehlender Bekanntmachung des Vorstandes über die Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrates gemäß § 97 Aktiengesetz und in Ermangelung einer gerichtlichen Entscheidung nach § 98 Aktiengesetz sich der bisherige Aufsichtsrat so lange im Amt befindet, bis der Beendigungsgrund nach § 102 Aktiengesetz

12 Auch die Verkennung der Tendenzeigenschaft eines Unternehmens, die im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes (§ 1 Abs. 4) und des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 (§ 81) eine Wahl von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat verbietet, führt dazu, daß ein unrichtiges Aufsichtsratsmodell zugrundegelegt wird. Die Rechtsfolgen lassen sich auch in diesem Fall ausschließlich den §§ 96 ff, 250 Aktiengesetz entnehmen.

eingetreten ist oder eine wirksame Abberufung gemäß § 103 Aktiengesetz stattgefunden hat.

Wenn eine Neuwahl also unter Verstoß gegen § 96 Abs. 2 Aktiengesetz durchgeführt wurde, befinden sich die alten Aufsichtsratsmitglieder nach wie vor im Amt[13]. Die Neuwahl der Anteilseignervertreter ist gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 Aktiengesetz nichtig. Dies ist für diesen Fall auch konsequent, weil anderenfalls wegen der fortbestehenden Aufsichtsratsmitgliedschaft der bisherigen Anteilseignervertreter zwei Aufsichtsräte nebeneinander existierten[14].

Bestand der Aufsichtsrat bisher nur aus Mitgliedern der Anteilseigner und wird nunmehr ohne die Beachtung der formellen Voraussetzungen unter Verstoß gegen § 96 Abs. 2 Aktiengesetz von einem Aufsichtsratsmodell unter Beteiligung von Arbeitnehmervertretern ausgegangen, so zielte deren Wahl auf die Etablierung eines zweiten Aufsichtsrates, obwohl der erste Aufsichtsrat, der sich allein nach den Vorschriften des Aktiengesetzes auszurichten hat, wirksam im Amt ist. Eine solche Wahl muß aber ebenso wie bei den Anteilseignern die Nichtigkeit nach sich ziehen[15,16].

Denkbar ist auch, bei der Wahl eines zweiten Aufsichtsrates trotz weiterbestehender Amtszeit des ersten von einem Vorliegen des Nichtigkeitsgrundes des § 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz auszugehen. Durch die Neuwahl würde nämlich die gesetzliche Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder überschritten.

3. Die einzelnen Unterfälle der Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter

a) Verstöße bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrates

Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmer zum Aufsichtsrat ist dann anzunehmen, wenn der in § 96 Abs. 2 Aktiengesetz geregelte Kontinuitätsgrundsatz verletzt wird. Das ist dann der Fall, wenn die Arbeitnehmerwahl auf einen Aufsichtsrat zielt, der nach anderen als den zuletzt angewandten Vorschriften zusammengesetzt wird, ohne daß die Änderung nach § 97 Aktiengesetz durch den Vorstand bekanntgemacht oder daß eine gerichtliche Entscheidung nach § 98 Aktiengesetz beantragt wurde. War beispielsweise der Aufsichtsrat bisher entsprechend § 76

---

13 Sofern der Vorstand eine *Bekanntmachung* über eine andere Zusammensetzung des Aufsichtsrates gemacht hat, so erlischt allerdings nach spätestens 7 Monaten seit Erlaß der Bekanntmachung das Amt der bisherigen Aufsichtsratsmitglieder, §§ 97 Abs. 2 Satz 3, 98 Abs. 4 Satz 2. Dies unabhängig davon, ob die Neuwahl gegen die Bekanntmachung nach § 97 Aktiengesetz bzw. gegen die gerichtliche Entscheidung nach § 98 Aktiengesetz verstößt.

14 Vgl. Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 95 Rz. 6.

15 Auch in der betriebsverfassungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung ist die Wahl eines zweiten Aufsichtsrates während der Amtszeit des ersten als Nichtigkeitsgrund angesehen worden; vgl. LAG Frankfurt, ArbRSlg 16, 74; Wehr, Anfechtung und Nichtigkeit von Betriebsratswahlen, BB 59, 30 und 6, 377.

16 Vgl. auch Fitting/Auffarth/Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, § 13 Rz. 15.

Betriebsverfassungsgesetz 1952 zusammengesetzt und wird nunmehr eine Wahl der Arbeitnehmervertreter nach den Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes durchgeführt, ohne daß dies ordnungsgemäß nach den §§ 97 ff Aktiengesetz vom Vorstand bekanntgemacht worden ist, so ist die Wahl der Arbeitnehmervertreter nichtig.

Nichtig ist die Wahl auch dann, wenn ein Verstoß gegen eine nicht gerichtlich angefochtene Bekanntmachung des Vorstandes über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates vorliegt, die ein anderes als das Aufsichtsratsmodell des Mitbestimmungsgesetzes[17] zugrundegelegt hat. Hat nach § 98 Abs. 4 Aktiengesetz das Landgericht entschieden, daß der Aufsichtsrat nicht nach dem Mitbestimmungsgesetz[18] zusammenzusetzen ist, so ist die Wahl der Arbeitnehmervertreter zur Besetzung eines Aufsichtsrates nach dem Mitbestimmungsgesetz[18] nichtig.

b) Verstoß bei der erstmaligen Bildung eines Aufsichtsrates

aa) Mitbestimmungsgesetz

Für den Bereich der Wahl von Arbeitnehmervertretern nach dem Mitbestimmungsgesetz liegt Nichtigkeit auch dann vor, wenn gegen die §§ 96 ff Aktiengesetz bereits bei der Bildung eines Aufsichtsratsmodelles nach dem Mitbestimmungsgesetz verstoßen wurde. Von *Bildung* eines Aufsichtsrates spricht man dann, wenn in einer schon bestehenden Gesellschaft aufgrund des § 6 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz nunmehr erstmals ein Aufsichtsrat zu bilden ist, weil das Unternehmen bisher etwa eine Rechtsform hatte, die einen Aufsichtsrat nicht obligatorisch vorsah. Wäre also nach dem Mitbestimmungsgesetz bei einer GmbH nunmehr erstmals zwingend ein Aufsichtsrat zu bilden, ist aber eine Bekanntmachung nicht erfolgt oder gegen eine solche verstoßen oder eine gerichtliche Entscheidung nicht beachtet, so ist die so durchgeführte Wahl von Arbeitnehmervertretern zum Aufsichtsrat nichtig. Die Anwendung des Nichtigkeitsgrundes auch bei der Bildung des Aufsichtsrates nach dem Mitbestimmungsgesetz ist hier unproblematisch, da in § 6 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz die §§ 96 ff Aktiengesetz nicht nur hinsichtlich der Zusammensetzung, sondern auch der Bildung des Aufsichtsrates für anwendbar erklärt werden.

bb) Umstritten ist die Rechtslage im Anwendungsbereich der §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz 1952.

Anders als § 6 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz verweist § 77 Betriebsverfassungsgesetz 1952 für die Bildung eines Aufsichtsrates nicht auf die §§ 96 ff Aktiengesetz. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 77 Betriebsverfassungsgesetz 52 verbietet sich eine Analogie zu § 6 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz. Die §§ 96 ff Aktiengesetz sind danach gemäß § 77 Abs. 1 Satz 2 Betriebsverfassungsgesetz

17 Oder des Montan-Mitbestimmungsgesetzes oder des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes bzw. der §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz 52.

18 Oder nach einer der anderen Mitbestimmungsregelungen.

Anschluß an die Aufzählung der 5 verschiedenen Aufsichtsratsmodelle in Abs. 1 der Vorschrift. Mit den „zuletzt angewandten gesetzlichen Vorschriften" wären somit nur die Vorschriften der jeweiligen Mitbestimmungsgesetze über die Bildung und grundsätzliche Zusammensetzung eines Aufsichtsrates gemeint, nicht jedoch die Vorschriften die *innerhalb eines* Aufsichtsratsmodelles verschiedene Größenklassen vorsehen, jedoch an der Proportion zwischen Arbeitnehmern und Anteilseignern nichts ändern.

Auch wenn die Anwendung der §§ 96 ff Aktiengesetz in diesen Fällen aus praktischen Gründen sinnvoll sein kann, so ist doch zu bedenken, daß bei einem Verstoß Nichtigkeit der Wahl eintritt[24] und damit eine unangemessen harte Sanktion entsteht. Zudem wird auch der Anwendungsbereich für ein Überleitungsverfahren in diesen Fällen nicht sehr groß sein. Durch Satzung kann das Unternehmen – ohne daß es eines förmlichen Verfahrens nach den §§ 96 ff Aktiengesetz bedürfte – Vorsorge dafür treffen, daß sich die zahlenmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrates ändert[25].

Nicht anwendbar sind die §§ 96 ff Aktiengesetz, wenn durch Satzung des Unternehmens die Größe des Aufsichtsrates festgelegt werden kann[26]. Dies gilt zumindest dann, wenn aufgrund der Satzungsänderung die Vergrößerung oder Verkleinerung innerhalb der bestehenden Satzungsautonomie vorgenommen worden ist. Sofern lediglich eine Satzungsvorschrift den Wechsel in eine andere Größenklasse vorschreibt, kann nämlich kein Verstoß gegen *gesetzliche Vorschriften* über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates vorliegen.

Ein Überleitungsverfahren ist auch nicht erforderlich[27], wenn sich innerhalb der Arbeitnehmergruppe das zahlenmäßige Verhältnis zwischen Arbeitern und Angestellten verändert und so deren proportionale Vertretung im Aufsichtsrat nicht den Anforderungen des § 15 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz entspricht. Zwar ist der Aufsichtsrat nicht nach den maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften, hier auf der Seite der Arbeitnehmer, zusammmengesetzt. Dies beruht aber nicht auf der Anwendung *anderer* gesetzlicher Vorschriften[28]. Außerdem ist der Vorstand auch gar nicht befugt, über die Verteilung der den Arbeitnehmern zustehenden Aufsichtsratssitze auf die einzelnen Gruppen zu entscheiden[29].

d) Die fehlende Harmonisierung der Fristen der §§ 97 Abs. 2 und 98 Abs. 4 Aktiengesetz einerseits und § 2 2. und 3. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz andererseits kann zur Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter führen,

24 Dies wird von Raiser, Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rz. 5 nicht erörtert.
25 Naendrup in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 7 Rz. 22.
26 Vgl. § 7 Abs. 1 letzter Satz Mitbestimmungsgesetz: bei einer Änderung der Regelbeschäftigtenzahl; § 9 Montan-Mitbestimmungsgesetz, § 12 Mitbestimmungsergänzungsgesetz: bei einer Änderung des Nennkapitals der Gesellschaft.
27 a.A. Raiser in Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rz. 5.
28 Vgl. auch Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rz. 14 und 17.
29 Fitting/Wlotzke/Wißmann in Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, a.a.O.

1952 lediglich für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates, nicht jedoch für die Bildung in Bezug genommen[19]. Die §§ 96 ff Aktiengesetz selbst setzen jedoch immer das Vorhandensein eines Aufsichtsrates voraus[20].

Es ist daher auch kein Nichtigkeitsgrund gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 Aktiengesetz gegeben, wenn eine Wahl von Arbeitnehmervertretern stattgefunden hat, ohne daß bei erstmaliger Bildung eines Aufsichtsrates ein Verfahren nach den §§ 96 ff Aktiengesetz vorhergegangen war. Sofern die Geschäftsführer der GmbH, obwohl nunmehr die Voraussetzungen für eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach den §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz 52 vorliegen, nichts unternehmen, um eine Wahl der Arbeitnehmervertreter zu ermöglichen, können diese ihre Vertreter wählen und gemäß § 104 Abs. 1 Aktiengesetz bezüglich der Anteilseignervertreter eine Ergänzung des Aufsichtsrates durch das Gericht vornehmen lassen[21].

c) Wechsel der zahlenmäßigen Zusammensetzung

Umstritten ist, ob ein Überleitungsverfahren nach den §§ 96 ff Aktiengesetz auch dann erforderlich ist, wenn aufgrund einer Veränderung der Arbeitnehmerzahl der Aufsichtsrat zahlenmäßig anders zusammenzusetzen ist. Dies kommt im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes etwa dann in Betracht, wenn die Veränderung der Regelbeschäftigtenzahl eine Änderung der zahlenmäßigen Größe gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1–3 Mitbestimmungsgesetz bedingt. Wäre ein solches Überleitungsverfahren auch in diesem Fall notwendig, so würde bei einer Wahl unter Verstoß gegen die §§ 96 ff Aktiengesetz Nichtigkeit eintreten. Zwar deckt der Wortlaut des § 96 Abs. 2 Aktiengesetz auch diese Fälle[22]. Von Sinn und Zweck der Regelung wird hingegen die bloß zahlenmäßige Änderung nicht erfaßt. Entscheidender Gesichtspunkt für das Erfordernis eines Überleitungsverfahrens dürfte nämlich sein, daß eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse zur Veränderung der Proportion der Zusammensetzung führt[23]. Nur dort also, wo die grundsätzliche Beteiligungsrate der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat eines Unternehmens in Frage steht, wird das Überleitungsverfahren anzuwenden sein. Hierfür spricht auch die Stellung des § 96 Abs. 2 Aktiengesetz unmittelbar im

19 Man wird jedoch eine Anrufung des Gerichtes für zulässig halten müssen, das dann eine verbindliche Entscheidung darüber trifft, ob das Unternehmen erstmals einen Aufsichtsrat zu bilden hat. In dieser Richtung Dietz/Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 77 Betriebsverfassungsgesetz 1952 Rz. 11.

20 Gegen eine Analogie auch Fitting/Auffarth/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 77 Betriebsverfassungsgesetz 1952 Rz. 4.

21 Fitting/Auffarth/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 77 Betriebsverfassungsgesetz 1952 Rz. 4.

22 So Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rz. 5; für die Anwendung der §§ 96 ff Aktiengesetz auch in diesem Fall: Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rz. 13; Martens, Mitbestimmungsrecht und Prozeßrecht, ZGR 77, 385 (387 ff); Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 7 Rz. 13.

23 Vgl. Kropff, Aktiengesetz, S. 126.

wenn diese Wahl bereits vor Beendigung der Verfahren nach §§ 97 und 98 Aktiengesetz eingeleitet worden ist.

Aus § 97 Abs. 2 Satz 2 und 3 Aktiengesetz folgt, daß spätestens 7 Monate nach Bekanntmachung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates der neue Aufsichtsrat konstituiert sein muß, da ansonsten ein Aufsichtsrat nicht mehr besteht[30]. Wird eine gerichtliche Entscheidung nach § 98 Abs. 1 Aktiengesetz beantragt, so ist spätestens 6 Monate nach Eintritt der Rechtskraft gemäß §§ 98 Abs. 4, 97 Abs. 2 Aktiengesetz der neue Aufsichtsrat ins Amt zu setzen. Die Arbeitnehmer könnten mit der Wahl ihrer Aufsichtsratsvertreter also erst beginnen, wenn die Zusammensetzung des Aufsichtsrates gemäß § 97 Abs. 2 bzw. § 98 Abs. 4 Aktiengesetz bindend feststeht. Da jedoch innerhalb der nun folgenden 6 Monate der neue Aufsichtsrat konstituiert sein muß[31], läßt sich die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Anwendungsbereich der 2. und 3. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz nicht mehr rechtzeitig durchführen.

Nach § 2 der 2. bzw. 3 Wahlordnung sind für das Wahlverfahren 27 bzw. 31 Wochen vorgesehen.

Denkbar ist nun, daß das Unternehmen die Bekanntmachung nach § 2 2. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz bereits vor Abschluß des formellen Verfahrens nach §§ 96 ff Aktiengesetz erläßt, um eine rechtzeitige Konstituierung des neuen Aufsichtsrates zu ermöglichen[32]. Entspricht die Bekanntmachung der später formell nach §§ 97 Abs. 2 oder 98 Abs. 4 Aktiengesetz zugrundezulegenden Zusammensetzung des Aufsichtsrates, so liegt ein Nichtigkeitsgrund für die Wahl der Arbeitnehmervertreter nicht deshalb vor, weil bei der Einleitung der Wahl eine Deckung durch die formellen Voraussetzungen der §§ 96 ff Aktiengesetz noch nicht gegeben war. Entscheidender Zeitpunkt kann nicht der Beginn, sondern nur die Beendigung der Wahl sein. Allerdings dürfen die Arbeitnehmer nicht durch selbständige Einleitung einer Wahl ihrer Vertreter, die auf einen Aufsichtsrat abzielt, der der bisherigen Zusammensetzung nicht entspricht, einen Zwang auf den Vorstand ausüben, nunmehr entsprechend der für die Arbeitnehmervertreter eingeleiteten Wahl die neue Zusammensetzung des Aufsichtsrates bekanntzumachen. Vor allem im Hinblick auf die ganz erheblichen Kosten der Arbeitnehmerwahlen, die das Unternehmen zu tragen hat (§ 20 Abs. 3 Mitbestimmungs-

30 Zu diesem Zustand der Aufsichtsratslosigkeit Naendrup in Großkommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rz. 31; Meyer-Landrut in Großkommentar zum Aktiengesetz, § 97 Rz. 7.

31 Beim Verfahren nach § 97 Aktiengesetz folgt dies aus Abs. 2; bei gerichtlicher Entscheidung gilt nach § 98 Abs. 4 Satz 2 eine Frist von 6 Monaten, die mit Eintritt der Rechtskraft beginnt.

32 Die Arbeitnehmer können auch unabhängig von einer Bekanntmachung des Unternehmens nach § 2 Wahlordnung die Wahl einleiten. Die Bestimmung des § 2 Wahlordnung, daß unverzüglich nach Bekanntmachung die Bildung der Wahlvorstände zu erfolgen hat, ist lediglich eine Handlungsanleitung in zeitlicher Hinsicht für die Arbeitnehmer. Daraus folgt nicht das Verbot, schon vor der Bekanntmachung des Unternehmens die Wahl einzuleiten; so Lux, Die Einleitung der Arbeitnehmervertreterwahl nach dem Mitbestimmungsgesetz, BB 77, 905, 907.

gesetz) müßte de lege ferenda eine Verlängerung der in § 97 Abs. 2 und § 98 Abs. 4 Aktiengesetz genannten Sechsmonatefrist vorgenommen werden.

Anders ist es dagegen, wenn das zugrundezulegende Aufsichtsratsmodell von der zuvor erlassenen Bekanntmachung nach § 2 2. Wahlordnung und 3. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz bezüglich der Zusammensetzung des Aufsichtsrates abweicht. Dies ist dann möglich, wenn entweder der Vorstand nach Erlaß der Bekanntmachung gemäß § 2 Wahlordnung seiner Bekanntmachung nach § 97 Abs. 1 Aktiengesetz eine andere Zusammensetzung des Aufsichtsrates zugrundelegt und diese Bekanntmachung nicht angefochten wird, oder bei Beschreiten des Rechtsweges durch einen der in § 98 Abs. 2 Aktiengesetz genannten Antragsberechtigten das Gericht rechtskräftig eine abweichende Zusammensetzung des Aufsichtsrates festlegt.

Wird die Arbeitnehmerwahl trotzdem nach den Vorschriften entsprechend der Bekanntmachung gemäß § 2 Wahlordnung durchgeführt, so ist diese Wahl nichtig. Maßgebend für die Zusammensetzung ist allein die Bekanntmachung nach § 97 bzw. die gerichtliche Entscheidung gemäß § 98 Aktiengesetz[33]. Die Mitteilung gemäß § 2 der Wahlordnung hat keine konstitutive Bedeutung für das Wahlverfahren[34]. Würde man anders entscheiden, müßte man die Anfechtung dieser Bekanntmachung durch den Wahlvorstand vor den Arbeitsgerichten zulassen und würde einen Kompetenzstreit über die gerichtliche Entscheidung der Zusammensetzung des Aufsichtsrates herbeiführen. Dies sollte durch die klare Zuständigkeitsregelung des § 98 Aktiengesetz jedoch verhindert werden[35].

Entscheidend ist also immer, daß bei Beendigung der Wahl der Arbeitnehmer eine Deckung mit der nach §§ 97, 98 Aktiengesetz wirksam festgestellten Zusammensetzung des Aufsichtsrates vorliegt.

II. Nichtigkeit nach § 250 Abs. 1 Nr. 2 Aktiengesetz

Wie bereits oben dargestellt, werden die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer im Anwendungsbereich des Montan-Mitbestimmungsgesetzes von der Hauptversammlung gewählt. Gleichwohl erscheint es gerechtfertigt, diese Wahl hier zu behandeln, denn die für die Hauptversammlung bindenden Vorschläge (§ 6 Abs. 5 Montan-Mitbestimmungsgesetz)[36] werden durch die Betriebsräte der Betriebe

33 Vgl. insbesondere § 99 Abs. 5 Aktiengesetz, wonach die gerichtliche Entscheidung Rechtskraft für und gegen alle wirkt.

34 So auch Säcker, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, Rz. 40.

35 Zu dem Problemkreis vgl. BAG AP Nr. 20 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz 1952; BAG AP Nr. 15 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz; Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Anhang § 96 Anmerkung 104 ff; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rz. 82.

36 Die anderen Fälle, für die die Hauptversammlung bindende Wahlvorschläge – § 8 Montan-Mitbestimmungsgesetz, §§ 5 Abs. 3 Satz 2 Mitbestimmungsergänzungsgesetz, 8 Montan-Mitbestimmungsgesetz – spielen hier keine Rolle. Es geht dort um die Wahl der neutralen Mitglieder.

des Unternehmens nach Beratung mit den in den Betrieben des Unternehmens vertretenen Gewerkschaften und deren Spitzenorganisationen aufgestellt (§ 6 Abs. 1 Montan-Mitbestimmungsgesetz). Eine materielle Entscheidungsfähigkeit[37] besteht für die Hauptversammlung nicht. Sie soll jedoch das Recht haben, einen Wahlvorschlag abzulehnen[38]. Die Auswahl und die Benennung der Aufsichtsratsmitglieder erfolgt jedenfalls durch die Arbeitnehmerseite, der Wahlakt selbst hat mehr formellen Charakter[39].

Wählt die Hauptversammlung, obwohl sie an die Wahlvorschläge der Betriebsräte gebunden ist, eine nicht vorgeschlagene Person, so ist die Wahl nichtig.

Fehler beim Zustandekommen des Wahlvorschlages begründen die Anfechtung der Wahl (§ 251 Abs. 1 Satz 2 Aktiengesetz)[40]. In diesem Fall steht die Anfechtungsbefugnis auch jedem Betriebsrat eines Betriebes der Gesellschaft, jeder in den Betrieben der Gesellschaft vertretenen Gewerkschaft oder deren Spitzenorganisation zu (§ 251 Abs. 2 Satz 2 Aktiengesetz). Dies wurde bereits vor der gesetzlichen Normierung durch die Kommentarliteratur zum Montan-Mitbestimmungsgesetz vertreten.

Da die Nichtigkeitsgründe des § 250 Aktiengesetz abschließend sind, führen selbst schwerste Fehler beim *Zustandekommen* des Wahlvorschlages immer nur zu der befristeten Anfechtung nach dem Aktiengesetz. Ein Rechtsbehelf der Arbeitnehmer gegen einen fehlerhaften Wahlvorschlag ist vom Gesetzgeber des Montan-Mitbestimmungsgesetzes nicht vorgesehen worden und wegen der An-

37 Vgl. Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 96 Rz. 130.

38 Herrschende Meinung für den Fall, daß der Wahlvorschlag offensichtlich gesetzwidrig ist (Boldt, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, § 6 Anmerkung 5; Nikisch, Arbeitsrecht Bd. 3, S. 632; Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Anhang zu § 96 Rz. 130). Umstritten ist, ob ein Ablehnungsrecht besteht, wenn die Hauptversammlung Kandidaten für nicht geeignet hält: Bejahend unter Hinweis auf den Bedeutungsgehalt der Vokabel Wahl: Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, a.a.O.; ebenso Boldt, a.a.O.; Erle, Die Vorschläge zur Wahl des Aufsichtsrats nach dem Mitbestimmungsgesetz und nach dem Aktiengesetz, AG 70, 31; Kötter, Mitbestimmungsrecht, § 6 Anmerkung 29; Müller/Lehmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen, § 6 Anmerkung 57; verneinend: Fitting/Auffarth/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, *10. Auflage*, Anhang zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz 1952 Anmerkung 26; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/2, § 73 D II 1 b; Nikisch, a.a.O.; Spieker, Handbuch für Aufsichtsräte, S. 87; vgl. zum ganzen auch Rummel, Die Mangelhaftigkeit von Aufsichtsratswahlen der Hauptversammlung nach dem neuen Aktiengesetz, S. 27/28; Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 24 ff.

39 Dies kommt auch durch die Bestimmung des § 124 Abs. 3 Satz 2 Aktiengesetz zum Ausdruck, vgl. Erle, Die Vorschläge zur Wahl des Aufsichtsrats nach dem Mitbestimmungsgesetz, AG 70, 31 ff.

40 In entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 19 Betriebsverfassungsgesetz jedoch nur bei einem Verstoß gegen wesentliche Vorschriften, vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 251 Rz. 14 ff; jetzt ließe sich auch der Rechtsgedanke des § 22 Mitbestimmungsgesetz heranziehen.

fechtungsbefugnis der in § 251 Abs. 2 Satz 2 Aktiengesetz Genannten wohl auch nicht nötig[41].

Die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Bereich des Montan-Mitbestimmungsgesetzes durch das Wahlorgan der Gesellschaft bedeutet, daß bei dieser Wahl die anderen in § 250 Aktiengesetz aufgelisteten Nichtigkeitsgründe zu beachten sind. Dies folgt daraus, daß der Einleitungssatz von § 250 Abs. 1 Aktiengesetz keine Differenzierung zwischen zu wählenden Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer trifft. Aus dem Nichtigkeitsgrund des § 250 Abs. 1 Nr. 2 Aktiengesetz lassen sich keine verallgemeinerungsfähigen Schlüsse für die Nichtigkeitsbeurteilung *aller* Arbeitnehmerwahlen zum Aufsichtsrat herleiten. Die Anwendung ist beschränkt auf die Arbeitnehmerwahl nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz.

III. Nichtigkeit der Arbeitnehmerwahl entsprechend § 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz

1. Die Anwendungsbreite des aktiengesetzlichen Nichtigkeitsgrundes

Gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz sind Wahlen der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner nichtig, wenn durch die Wahl die gesetzliche Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder überschritten wird. Sofern der Aufsichtsrat nur aus Vertretern der Anteilseigner besteht, liegt ein Verstoß dann vor, wenn die Höchstzahl des § 95 Aktiengesetz überschritten wird. Besteht der Aufsichtsrat auch aus Arbeitnehmervertretern, so ist die Wahl der Anteilseignervertreter nichtig, wenn die in den einzelnen Mitbestimmungsgesetzen genannten Höchstzahlen für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates, die teils von der Höhe des Nennkapitals, teils von der Regelbeschäftigtenzahl abhängen, überschritten werden. Nach dem Wortlaut des § 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz führt nur die Überschreitung der ziffernmäßigen Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder *insgesamt*, also unter Einschluß der Arbeitnehmervertreter, zur Nichtigkeit. Bei zeitlicher Inkongruenz von Anteilseigner- und Arbeitnehmerwahlen führt dies zu unbefriedigenden Ergebnissen[42]. Fände nämlich die Anteilseignerwahl zuerst statt, würde zwar die anteilmäßige Zahl der Anteilseignervertreter, nicht aber die Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder insgesamt überschritten. Bei einer engen, lediglich dem Wortlaut verhafteten Interpretation käme man also nicht zur Nichtigkeit der Wahl der Anteilseignervertreter. Undenkbar ist es jedoch, die zeitlich spätere, für sich gesehen ordnungsgemäße Wahl der Arbeitnehmervertreter für nichtig zu erklären. Die Annahme einer lediglich anfechtbaren Wahl bedeutete, daß bis zur Rechtskraft der Entscheidung ein überbesetzter Aufsichtsrat vorhanden wäre,

---

41 Vgl. jedoch auch die eigenständige Anfechtungsmöglichkeit einer Zwischenentscheidung durch § 21 Mitbestimmungsgesetz.

42 Vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 30 und 32.

der bis dahin auch wirksame Aufsichtsratsbeschlüsse fassen könnte. Erforderlich ist somit eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Norm auch auf die Fälle der Überschreitung der den Anteilseignervertretern nach den jeweiligen Mitbestimmungsgesetzen zustehenden *anteilmäßigen* Höchstzahlen[43].

2. Nichtigkeit der Arbeitnehmerwahl bei Überschreitung der anteilmäßigen Höchstzahl

Der so interpretierte Nichtigkeitsgrund des § 250 Aktiengesetz muß aber auch sinngemäß für die Wahl der Arbeitnehmervertreter gelten. Sofern die Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat vor der der Anteilseigner stattfindet, darf eine Überschreitung der anteilmäßigen Anzahl der Arbeitnehmervertreter nicht zur rechtlichen Anerkennung, auch nicht bis zur Rechtskraft einer Entscheidung über die Anfechtung der Wahl, führen. Die *Sicherung der Beteiligungsrate* sowohl der Anteilseigner- als auch der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat muß zu ihrer Wirksamkeit die Nichtigkeit derjenigen Wahl nach sich ziehen, die durch die zahlenmäßige Überschreitung eine Verletzung der Beteiligungsrate bedeutet. Die durch die Mitbestimmungsgesetze festgelegte Balance zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern ist als Beteiligungsschutz für die jeweilige Gruppe ausgestaltet. Eine angemessene Absicherung einer diese Balance verletzenden Zuwahl läßt sich nur durch Nichtigkeit der Wahl erreichen.

Dieses Ergebnis steht im Gegensatz zu der zur Betriebsratswahl vertretenen Auffassung, wonach eine Überschreitung der zulässigen Zahl von Betriebsratsmitgliedern nicht zur Nichtigkeit der Wahl führen soll[44]. Anders als im Betriebsverfassungsgesetz hängt bei dem Unternehmensorgan Aufsichtsrat der Einfluß auf Entscheidungen dieses Organs für die Arbeitnehmer von der Anzahl ihrer Mitglieder in diesem Gremium ab, da bei Beteiligung der Anteilseignervertreter Entscheidungen unter Zugrundelegung des Mehrheitsprinzips gefällt werden.

Sofern die Satzung des Unternehmens[45] oder eine Betriebsvereinbarung[46]

---

43 Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Anmerkung 32.

44 BAG DB 77, 212; generell für einen Anfechtungsgrund bei unrichtiger Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder: BAG DB 77, 357.

45 Vgl. zum zwingenden gesetzlichen Aufsichtsratsmodell und Abweichungen aufgrund der Satzung: Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 96 Rz. 2; Beuthien, Erweiterte wirtschaftliche Mitbestimmung durch Tarifvertrag? JurA 70, 131; Schwerdtfeger, Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz, S. 35; Raiser, Privatautonome Mitbestimmungsregelungen, BB 77, 1461 (1464); vgl. auch Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, Seite 329; vgl. zum ganzen mit den vorwiegend rechtstatsächlichen Ausführungen: Ulmer, Die Anpassung der Satzungen mitbestimmter Aktiengesellschaften an das Mitbestimmungsgesetz, 1976, S. 23 und 53; Canaris, Mitbestimmungsgesetz und innergesellschaftliche Organisationsautonomie der Aktiengesellschaft, DB 81 Beilage Nr. 14, 81.

46 Vgl. hierzu Hensche, Erweiterung der Mitbestimmung durch privatautonome Regelung, insbesondere in Unternehmen der öffentlichen Hand, AuR 71, 33, 37.

ein Aufsichtsratsmodell statuieren, das nicht dem Gesetz entspricht, sind die Wahlen der Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter aufgrund dieses von den Mitbestimmungsgesetzen bzw. vom Aktiengesetz abweichenden Modell nichtig. Wenn nur für eine der beiden Seiten eine Veränderung der gesetzlichen Höchstzahl als auch der Beteiligungsrate vorgenommen wird, so ist nur deren Wahl nichtig.

Nichtigkeit der Wahl aufgrund Verstoßes gegen § 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz tritt auch in dem – allerdings wohl nur theoretischen – Fall ein, wenn durch den Vorstand des Unternehmens zwar ein formell ordnungsgemäßes Überleitungsverfahren durchgeführt wurde, jedoch ein Aufsichtsratsmodell bekanntgemacht wurde, das keiner gesetzlichen Vorschrift entspricht. Wird kein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt, so kann der Nichtigkeitsgrund des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Aktiengesetz nicht eingreifen; die Wahl unter Verletzung der gesetzlich vorgesehenen Beteiligungsrate für die beiden Seiten wird jedoch gemäß den obigen Ausführungen einen Verstoß gegen § 250 Abs. 1 Aktiengesetz bedeuten.

Es stellt jedoch keinen Nichtigkeitsgrund dar, wenn aufseiten der Anteilseigner den Arbeitnehmern nahestehende Personen oder Arbeitnehmer selbst[47] als *Anteilseignervertreter* durch die Hauptversammlung in den Aufsichtsrat gewählt werden[48]. Rechtlich gesehen handelt es sich bei den Zugewählten nicht um Arbeitnehmer-, sondern um Anteilseignervertreter.

3. Der Unterschied zum Nichtigkeitsgrund des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Aktiengesetz

Die von Nr. 1 in Bezug genommenen Vorschriften sollen die formellen Voraussetzungen für die Änderung des gesetzlichen Aufsichtsratsmodells sicherstellen.

47 So die herrschende Meinung der Literatur. Vgl. die in Fußnote 48 zitierten Autoren. Ebenso OLG Bremen, NJW 77, 1153 für eine kommunale Eigengesellschaft. Claussen, Das Recht der Aufsichtsratswahl im Schnittpunkt der Fraktionen, AG 71, 385 geht von einer Inkompatibilität zwischen Arbeitnehmereigenschaft und Aufsichtsratsmitglied der Anteilseigner aus. Demgegenüber sieht die herrschende Meinung § 105 Aktiengesetz als abschließende Inkompatibilitätsregelung.

48 Herrschende Meinung: Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 96 Rz. 9 ff; OLG Hamburg, AG 72, 183, 185; BGH AP Nr. 1 zu § 96 Aktiengesetz = BB 75, 1252; Baumbach/Hueck, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, Anhang § 96 Anmerkung 13; § 101 Anmerkung 4; Beuthien, Erweiterte wirtschaftliche Mitbestimmung durch Tarifvertrag? JurA 70, 131; Biedenkopf/Säcker, Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Versorgungsunternehmen, ZfA 71, 211 (262 ff); Farthmann, Zur Einführung der qualifizierten Mitbestimmung in den gewerkschaftseigenen Unternehmen, AG 69, 205; Hensche, Erweiterung der Mitbestimmung durch privatautonome Regelung, insbesondere Unternehmen der öffentlichen Hand, AuR 71, 33 (34 ff); Raiser, Paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden, RdA 72, 65 (69); Schwerdtfeger, Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz, S. 35. A.A.: Claussen, Das Recht der Aufsichtsratswahl im Schnittpunkt der Fraktionen, AG 71, 385 (386); Godin/Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz, § 105 Anmerkung 3; Werner, Ausgewählte Fragen zum Aktienrecht, AG 72, 93 (137, 138).

Wahlen unter Verstoß gegen die §§ 96 Abs. 2 ff Aktiengesetz entsprechen also einem anderen gesetzlichen Typus, einem anderen Aufsichtsratsmodell, während bei § 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz die zusätzliche Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern über die für beide Seiten vorgesehene Zahl an Aufsichtsratssitzen verhindert werden soll[49].

Wenn durch die Arbeitnehmerwahl eine Disparität auftritt, so ist Nichtigkeit nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 Aktiengesetz gegeben, wenn die Arbeitnehmerwahl aufgrund eines Aufsichtsratsmodells erfolgt, das zwar einer der gesetzlichen Vorschriften entspricht, aber nach den formellen Voraussetzungen nicht das gültige ist.

§ 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz stellt in seiner erweiterten Auslegung demgegenüber auf die einseitige Überschreitung der Höchstzahl ab, die demgemäß nicht einem gesetzlichen Aufsichtsratsmodell entsprechen kann. Bedeutung hat diese Unterscheidung vor allem bei den Rechtsfolgen. Die Anwendung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Aktiengesetz bewirkt die Nichtigkeit der gesamten Wahl, während im Fall des § 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz lediglich die Zuwahl der überzählig Gewählten nichtig ist[50], sofern keine Blockwahl[51] stattgefunden hat[52].

Bei Geltung des Mitbestimmungsgesetzes ist dabei zu berücksichtigen, daß unter Umständen nur Nichtigkeit eines Wahlganges der Arbeitnehmerwahl gegeben sein kann[53]. Dies ist immer dann der Fall, wenn sich der Wahlvorstand über die Zahl der in einem Wahlgang zu wählenden Arbeitnehmer irrt, und so in einem Wahlgang mehr Arbeitnehmer gewählt werden, als gesetzlich zulässig ist. Sofern sich der Irrtum nicht auch auf andere Wahlgänge erstreckt, werden diese von der Nichtigkeit nicht erfaßt und brauchen nicht wiederholt zu werden[54].

Für die Wahlen der Arbeitnehmervertreter nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz gilt das gleiche, ebenfalls mit der hier ungleich wichtigeren Einschränkung, daß keine Block- oder Globalwahl stattgefunden hat[55].

49 In dieser Richtung wohl auch Godin/Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Anmerkung 2.

50 Vgl. Godin/Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Anmerkung 2; Baumbach/Hueck, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, § 250 Anmerkung 7; Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 31.

51 Zur Block- oder Globalwahl insbesondere Lippert, Die Globalwahl zum Aufsichtsrat im Lichte der Rechtsprechung des BGH zur Blockwahl in politischen Parteien, AG 76, 239 ff.

52 Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 32.

53 Sowohl bei Gruppen- als auch bei gemeinsamer Wahl finden im Bereich des Mitbestimmungsgesetzes in jedem Fall 4 Wahlgänge statt, § 24 Abs. 5, § 44 Abs. 1 Satz 3 1. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz.

54 So auch Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 11. Eine bloße Streichung der Arbeitnehmer des Wahlganges, die die wenigsten Stimmen erhalten haben, ist unzulässig. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Wählerverhalten anders gewesen wäre, wäre bekannt gewesen, daß nur eine geringe Zahl von Bewerbern gewählt werden kann; vgl. BAG DB 77, 212.

55 Während die Globalwahl bei den Wahlen der Anteilseignervertreter Bedenken im Hinblick auf das vereinsrechtliche Prinzip der reinen Mehrheitsentscheidung unterliegt,

4. Überschreiten der einer Arbeitnehmergruppe oder den Gewerkschaften zustehenden anteilmäßigen Höchstzahl[56]

In den Mitbestimmungsgesetzen ist jeweils das zahlenmäßige Verhältnis der Arbeitnehmergruppen[57] untereinander bzw. das Verhältnis zwischen unternehmensangehörigen und nichtangehörigen Arbeitnehmern geregelt[58]. Eine Überschreitung der nach diesen Normen berechneten Höchstzahlen für die einzelnen Arbeitnehmergruppen führt jedoch nicht zur Nichtigkeit der Arbeitnehmerwahl insgesamt bzw. eines Wahlganges[59].

Eine Analogie zu § 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz verbietet sich hier, weil in diesen Fällen weder eine Überschreitung der zulässigen Höchstzahl an Aufsichtsratsmitgliedern insgesamt als auch der anteilmäßigen Höchstzahl der Arbeitnehmer gegeben ist. Die Proportionalität hat nur interne Bedeutung bei der Verteilung der den Arbeitnehmern selbst zustehenden Sitze im Aufsichtsrat. Grund für die oben aufgeführten Fälle der Nichtigkeit der Arbeitnehmerwahlen ist die in den Nichtigkeitsvorschriften des Aktiengesetzes selbst in Bezug genommene zahlenmäßige Verteilung gegenüber den Arbeitnehmervertretern. Dabei werden alle Arbeitnehmervertreter als einheitliche Bank den Vertretern der Anteilseigner in ganzheitlicher Betrachtungsweise gegenübergestellt. Das Aktiengesetz trifft für die Einhaltung des Höchstzahlgebotes selbst keine Differenzierung in Arbeitnehmergruppen, die Anteilseigner werden ebenfalls als homogene Gruppe gesehen. Daraus läßt sich der Schluß ableiten, daß die Einhaltung der arbeitnehmerinternen Proportionalität durch die Nichtigkeitsvorschriften des Aktiengesetzes nicht zwingend geboten sind.

---

erscheint die Blockwahl bei der in § 6 Abs. 5 des Montan-Mitbestimmungsgesetzes gegebenen Bindung der Hauptversammlung an die Vorschläge der Betriebsräte und der Spitzenorganisationen als geeignetes Mittel, die Wahl schnell durchzuführen. Aufgrund der Bindung der Hauptversammlung bestehen insoweit auch keine rechtsstaatlichen Bedenken.

56 Nicht zu verwechseln mit dem Problem einer Wahl eines Vertreters durch eine Arbeitnehmergruppe, ohne daß der Gewählte selbst dieser Gruppe angehört. Dies wird als Wählbarkeitsmangel aufgefaßt, vgl. Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 13; Wlotzke, Zusammensetzung und Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer, ZGR 77, 355 (384) und nachstehend IV.

57 Das Mitbestimmungsgesetz unterscheidet Arbeiter (§§ 5 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz, 6. Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz), Angestellte (§§ 5 Abs. 3 Mitbestimmungsgesetz, 6 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz) und leitende Angestellte (§§ 5 Abs. 3 Nr. 2 Mitbestimmungsgesetz, 5 Abs. 3 Betriebsverfassungsgesetz).

58 § 7 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz: Proportionalität zwischen unternehmensangehörigen Arbeitnehmern und Gewerkschaftsvertretern; § 15 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz: Verteilung der den Vertretern unternehmensangehöriger Arbeitnehmer zustehenden Sitze auf Arbeiter, Angestellte und leitende Angestellte; vgl. auch § 6 Abs. 1 Satz 1 Montan-Mitbestimmungsgesetz; § 6 Abs. 1 Mitbestimmungsergänzungsgesetz; § 76 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz 1952.

59 a.A. wohl Säcker, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, S. 133, der die Wahl für nichtig hält, wenn das Gruppenprinzip der §§ 15, 18 Mitbestimmungsgesetz völlig mißachtet wird. Wie hier Matthes in Gemeinschaftkommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 7.

Es besteht aber auch kein darüber hinausgehendes Interesse an einer nichtigen Wahl in diesen Fällen. Die Einhaltung des Repräsentationsprinzips und des Minderheitenschutzes kann durch die Gewährung des Anfechtungsrechtes geschützt werden. Es ist zumutbar, daß bis zur Rechtskraft einer der Anfechtung stattgebenden gerichtlichen Entscheidung Beschlüsse derart fehlerhaft gewählter Arbeitnehmervertreter wirksam sind.

5. Die Anwendung dieses Nichtigkeitsgrundes in den einzelnen Mitbestimmungsgesetzen

a) Mitbestimmungsgesetz

Die Höchstzahlen eines nach dem Mitbestimmungsgesetz zusammengesetzten Aufsichtsrates bestimmen sich nach § 7 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz. Nichtig ist dann eine Wahl, bei der die Arbeitnehmer eines Unternehmens mit in der Regel nicht mehr als 10 000 Arbeitnehmern mehr als 10 Vertreter wählen[60]. Fehlt eine Satzungsbestimmung entsprechend § 7 Abs. 1 Satz 2 Mitbestimmungsgesetz, so ist die Wahl von 8 oder 10 Arbeitnehmervertretern nur anfechtbar, wenn die Anteilseigner auch jeweils die gleiche Anzahl von Vertretern wählen. Sind von den Arbeitnehmervertretern ordnungsgemäß nur 6 Aufsichtsratsmitglieder zu wählen, so ist die Wahl von mehr als 6 Arbeitnehmervertretern nichtig.

Entsprechend der zu § 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz vertretenen Auffassung soll durch diese Norm nur die Einhaltung der gesetzlichen Höchstzahlen gesichert, nicht die Beachtung der Satzung geschützt werden[61].

Nichtigkeit der Anteilseigner- und der Arbeitnehmerwahl gleichermaßen ist nach den oben getroffenen Feststellungen anzunehmen, wenn neben der Abweichung von der Satzung durch die Wahl einer nicht vorgesehenen Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern zugleich auch das Prinzip der gleichen Anzahl von Mitgliedern auf Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite verletzt ist. Hier liegt ein Verstoß gegen den aus § 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz zu entnehmenden Grundsatz des Beteiligungsschutzes. Demgegenüber führt der weniger gravierende Verstoß nur der zahlenmäßigen Abweichung von der Satzung zur Anfechtbarkeit.

60 Nichtigkeitsgrund entsprechend § 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz nehmen auch an: Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 11; Matthes in Gemeinschaftkommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 7; Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 19.

61 Vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 29; Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 95 Anmerkung 17; Rummel, Die Mangelhaftigkeit von Aufsichtsratswahlen der Hauptversammlung nach dem neuen Aktiengesetz, S. 29; Godin/Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz, § 95 Anmerkung 7; a.A. Obermüller/Werner/Winden, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, S. 329.

b) Mitbestimmungsergänzungsgesetz

Hier sind die Höchstzahlen in § 5 genannt.

Die Wahl der Arbeitnehmer ist nur anfechtbar, wenn bei einem Unternehmen mit einem Gesellschaftskapital von mehr als DM 50 000 000,– ohne erforderliche Satzungsbestimmung die in § 12 genannte Zahl von 10 Arbeitnehmervertretern gewählt wird. Die Nichtigkeit tritt hier deshalb nicht ein, weil nicht das Erfordernis einer satzungsgemäßen Regelung der Höchstzahl gesichert werden soll, sondern nur die Einhaltung der gesetzlich festgeschriebenen Höchstzahl. Die Satzung kann dabei in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zwischen der Normalzahl und der Höchstzahl Festsetzungen treffen. Von § 250 Abs. 1 Nr. 3 Aktiengesetz in Bezug genommen ist jedoch nur die gesetzliche Höchstzahl[62].

IV. Wählbarkeitsmängel

1. Die gesetzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen

Die Arbeitnehmervertreter müssen zunächst die für alle Aufsichtsratsmitglieder geltenden Wählbarkeitsvoraussetzungen erfüllen. Für Wahlen nach dem Mitbestimmungsgesetz folgt dies aus der Verweisungsnorm des § 6 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz. Für die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer, die nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 gewählt werden, gelten nicht die Wählbarkeitsvoraussetzungen des Betriebsverfassungsrechts für den Betriebsrat[63]. Die Voraussetzungen richten sich vielmehr nach den Bestimmungen des Aktiengesetzes[64]. Gemäß § 100 Abs. 1 Aktiengesetz[65] kann Mitglied des Aufsichtsrats also nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein.

Nach Abs. 2 kann Mitglied des Aufsichtsrates nicht sein, wer bereits in 10 Handelsgesellschaften oder bergrechtlichen Gewerkschaften, die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, Aufsichtsratsmitglied ist, gesetzlicher Vertreter eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens oder gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft oder bergrechtlichen Gewerkschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört[66] [67].

---

62 Vgl. Rummel, Die Mangelhaftigkeit von Aufsichtsratswahlen der Hauptversammlung nach den neuen Aktiengesetz, S. 29.

63 Vgl. auch § 100 Abs. 3 Aktiengesetz.

64 Siehe Fitting/Auffarth/Kaiser, § 76 Betriebsverfassungsgesetz 1952 Rz. 45.

65 Im Bereich des Mitbestimmungsgesetzes findet § 100 Aktiengesetz keine Anwendung für die Aufsichtsratsmitglieder von Genossenschaften, § 6 Abs. 3 Satz 1 Mitbestimmungsgesetz.

66 Weitere Bestimmungen – etwa in der Satzung des Unternehmens - über persönliche Voraussetzungen für die Wahl zum Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer sind unzulässig, da sie eine Einschränkung des Mitbestimmungsrechts bedeuten, § 100 Abs. 4 Aktiengesetz.

67 Für den Anwendungsbereich der §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz 52 siehe BGH AP Nr. 12 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz 1952.

Nach § 105 Abs. 1 Aktiengesetz kann ein Aufsichtsratsmitglied nicht zugleich Vorstandsmitglied, dauernd Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern, Prokurist oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigter Handlungsbevollmächtigter der Gesellschaft sein. Auch wenn in § 250 Abs. 1 Nr. 4 Aktiengesetz § 105 Aktiengesetz nicht aufgeführt ist, besteht Einigkeit, daß auch ein Verstoß gegen diese Vorschrift zur Nichtigkeit der Bestellung führt[68].

Für Wahlen der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz modifiziert § 6 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz diese Bestimmung. Danach ist die Wählbarkeit eines Prokuristen als Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer nur ausgeschlossen, wenn dieser dem zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organ unmittelbar unterstellt und zur Ausübung der Prokura für den gesamten Geschäftsbereich des Organs ermächtigt ist.

Neben den allgemeinen Wählbarkeitsvoraussetzungen kennen die Mitbestimmungsgesetze noch besondere Wählbarkeitsvoraussetzungen. So ist in § 76 Abs. 2 Betriebsverfassungsgestz 1952 bestimmt, daß ein Vertreter der Arbeitnehmer in einem Betrieb des Unternehmens beschäftigt sein muß[69]. Für Arbeitnehmervertreter, die nach dem Mitbestimmungsgesetz gewählt werden, bestimmt § 7 Abs. 3 Mitbestimmungsgesetz, daß die Arbeitnehmervertreter, die Arbeitnehmer des Unternehmens sein müssen, das 18. Lebensjahr vollendet haben, ein Jahr dem Unternehmen angehören müssen[70] sowie die weiteren Wählbarkeitsvoraussetzungen[71] des § 8 Betriebsverfassungsgesetz zu erfüllen haben. Dabei hat die Bestimmung uber die Vollendung des 18. Lebensjahres zunächst gegenüber § 100 Abs. 1 Aktiengesetz nur die weitergehende Bedeutung, daß eine Volljährigkeitserklärung nicht ausreicht, um die Wählbarkeit zu begründen. Ein Verlust, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, darf nach der weiteren Wählbarkeitsvoraussetzung des § 8 Betriebsverfassungsgesetz nicht eingetreten sein.

Für Gewerkschaftsvertreter gilt bei Wahl nach dem Mitbestimmungsgesetz die spezielle Wählbarkeitsvoraussetzung, daß die Gewerkschaften, deren Vertreter sie sind, in dem Unternehmen selbst oder in einem anderen Unternehmen vertreten sein mussen, dessen Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern des Unternehmens teilnehmen (§ 7 Abs. 4 Mitbestimmungsgesetz). Im ubrigen gelten die besonderen Wählbarkeitsvoraussetzun-

68 Vgl. Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 105 Rz. 6; Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 37 mit Argument e minore ad majus.

69 Sofern im Bereich des Montan-Mitbestimmungsgesetzes neben den Vertretern der Arbeitnehmer ein weiteres Mitglied gewählt wird, das der Arbeitnehmerseite zugerechnet wird, hat es die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 Montan-Mitbestimmungsgesetz zu erfüllen. Dabei handelt es sich um spezielle Wählbarkeitsvoraussetzungen, vgl. Müller/Lehmann, Kommentar zum Montan-Mitbestimmungsgesetz, § 4 Rz. 8 sowie oben § 1 II.

70 Die beiden letzten Voraussetzungen mussen erst zum Zeitpunkt des Amtsantritts vorliegen, vgl. Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 7 Rz. 24, 28. Vgl. die abweichende Formulierung in § 8 Betriebsverfassungsgesetz echte Wählbarkeitsvoraussetzung.

71 Im folgenden wird der Begriff „Wählbarkeitsvoraussetzungen" als Oberbegriff verstanden. Er umfaßt also auch die „Amtsausübungsvoraussetzungen".

gen der unternehmensangehörigen Arbeitnehmer nach § 7 Abs. 3 für die Gewerkschaftsvertreter nicht.

Schließlich ist für die Arbeitnehmervertreter, die Angehörige des Unternehmens sein müssen, noch die spezielle Wählbarkeitsvoraussetzung, wonach Aufsichtsratsmitglieder, die von den Arbeitnehmergruppen gewählt werden, auch selbst dieser Gruppe angehören müssen, zu beachten[72].

2. Die Behandlung von Wählbarkeitsmängeln

a) Die ausschließliche Einordnung als Anfechtungsgrund

aa) Zum Teil enthalten die Mitbestimmungsgesetze Regelungen über die Anfechtung der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat, in denen tatbestandlich ausgeführt ist, daß ein Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über die Wählbarkeit zur Anfechtung der Wahl berechtigt[73]. Dem läßt sich entnehmen, daß Wählbarkeitsmängel prinzipiell mit der Anfechtungsklage geltend gemacht werden können[74]. Damit ist jedoch keine Aussage getroffen, daß bestimmte Wählbarkeitsmängel nicht auch zur Nichtigkeit der Wahl führen können. Der Vorrang des Mitbestimmungsgesetzes durch den Verweis in § 6 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz besagt hinsichtlich einer möglichen Rechtsfolge Nichtigkeit nichts. Umgekehrt läßt sich allerdings feststellen, daß nicht sämtliche Wählbarkeitsmängel Nichtigkeitsgründe sein können, denn sonst liefe die Vorschrift des § 22 Mitbestimmungsgesetz leer.

bb) Wenn § 24 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz bei einem nachträglichen Wegfall der Wählbarkeitsvoraussetzungen von einem Erlöschen des Amtes ausgeht, ohne daß es dazu der Geltendmachung durch einen Rechtsbehelf bedarf[75], so muß dies m. E. auch Auswirkungen auf die ursprünglich vorhandenen Wählbarkeits-

---

72 Teilweise als „weitere Wählbarkeitsvoraussetzung" bezeichnet, Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 15 Rz. 12.

73 Vgl. §§ 21, 22 Mitbestimmungsgesetz, § 8 Abs. 2 Mitbestimmungsergänzungsgesetz.

74 Soweit es um die Wählbarkeitsmängel der Arbeitnehmervertreter bei Wahlen nach §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz 52 geht, wird die Rechtsprechung des BAG zitiert, wonach die Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat nach den Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 der „Interessenlage und ihrer Regelung bei der Betriebsratswahl entspreche", vgl. BAG AP Nr. 18 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz = BAGE 21, 210 = DB 69, 309 und Schröder, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 17. Es gibt jedoch keine Entscheidungen des BAG, in denen explizit die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes bei der Frage der Wählbarkeit übernommen werden.

75 Ein Erlöschen des Amtes soll auch ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift bei Verlust der Wählbarkeitsvoraussetzungen im Bereich der §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz 52 eintreten. So Fitting/Auffarth/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 76 Betriebsverfassungsgesetz 1952 Anmerkung 96.

mängel haben. Es läßt sich nicht rechtfertigen, wenn nach Ablauf der Anfechtungsfrist das Amt weiter ausgeübt werden kann, obwohl nunmehr bis zur turnusmäßigen Beendigung des Aufsichtsratsamtes dauernd ein Wählbarkeitsmangel vorliegen kann[76].

Dieser Wertungswiderspruch läßt sich m. E. auch nicht durch Einfügung des Arguments der Rechtssicherheit auflösen. Vielmehr ist die Existenz des § 24 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz ein Argument dafür, daß der Gesetzgeber das Vertrauen auf die Bestandskraft der Wahl für den von ihm für wichtig angesehenen Fall des Verlustes der Wählbarkeit zugunsten einer ordnungsgemäßen Besetzung der Vertreterbank zurückgestellt hat. Der Gesetzgeber sieht bestimmte persönliche Voraussetzungen als so wichtig an, daß die Vertreter sie dauernd aufweisen müssen. Damit verträgt es sich schlecht, wenn bei Behandlung als Anfechtungsgrund mit Ablauf der Frist ein nicht wählbares Aufsichtsratsmitglied sein Amt weiter ausüben kann.

Aus § 24 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz dürfte sich im übrigen auch ein Grund für eine Differenzierung von Wählbarkeitsmängeln bei Gewerkschaftsvertretern und unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertretern ergeben. Auffallend ist, daß der Verlust der besonderen Wählbarkeitsvoraussetzungen des Gewerkschaftsvertreters gemäß § 7 Abs. 4 Mitbestimmungsgesetz nach dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz nicht zu einem Amtsverlust führt. Gleich sind die Rechtsfolgen nur beim Verlust der allgemeinen Wählbarkeitsvoraussetzungen, die aus § 100 Aktiengesetz entnommen werden. Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift ergibt sich, daß ihr Fehlen automatisch zur Beendigung der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat führt[77]. Stellt es für einen Gewerkschaftsvertreter keinen Grund zum Erlöschen seines Amtes dar, wenn die Gewerkschaft, die er repräsentiert, nicht mehr im Unternehmen vertreten ist, so ist dies m. E. ein Hinweis darauf, daß auch das ursprüngliche Fehlen dieser Voraussetzung nur mit dem befristeten Rechtsbehelf der Anfechtung geltend gemacht werden kann.

Dieselbe Rechtsfolge entnimmt man im übrigen ja auch dem § 24 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz[78], wo ausdrücklich geregelt ist, daß der nachträgliche Wech-

76 So auch Wlotzke, Zusammensetzung und Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer, ZGR 77, 355, 383; Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 9; Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 9; anders Schröder, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 26/27, der den Wertungswiderspruch zwischen §§ 24 Abs. 1 und 22 Mitbestimmungsgesetz sowohl aus logischen als auch aus teleologischen Gründen verneint.

77 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 24 Rz. 3; Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 24 Rz. 2; § 6 Rz. 24; Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 100 Rz. 31; Meilicke, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, §§ 6, 7 Rz. 26; Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 24 Rz. 17.

78 Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 24 Rz. 31 ff geht bei einem Wechsel der Gruppenzugehörigkeit zwischen der Einreichung des Wahlvorschlags und der Wahl von der Gültigkeit der Wahl aus.

sel der Gruppenzugehörigkeit nicht zum Erlöschen des Amtes führt. Auch darin läßt sich ein Hinweis auf die mindere Bedeutung dieser Wählbarkeitsvoraussetzung sehen. In diesen Fällen ist es erlaubt, dem Gedanken der Rechtssicherheit Vorrang vor dem Gebot der materiellen Richtigkeit einzuräumen, das Grundlage jeder Beseitigung eines Wahlergebnisses durch befristeten Rechtsbehelf bzw. Nichtigkeitsfeststellung ist.

Wenn somit der spätere Eintritt eines Ereignisses folgenlos bleiben soll, so ergibt sich zumindest aus dem Grundsatz der Richtigkeitsgewähr keine Notwendigkeit, den von Anfang an existierenden Fehler über eine im Interesse der Rechtssicherheit gegebene Frist hinaus angreifbar zu machen.

M. E. besteht in diesem Zusammenhang auch keine Notwendigkeit, einen solchen Mangel mit einer Nichtwählbarkeitsfeststellung entsprechend § 24 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz geltend zu machen. In diesen Fällen ist das durch Zeitablauf bei allen Beteiligten bewirkte Vertrauen in die Beständigkeit des Amtes so groß, daß eine spätere Nichtwählbarkeitsfeststellung aus dem Wertungsgesichtspunkt des § 24 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz nicht erfolgen kann.

Als Zeitraum für die Vertrauensbildung kann sinnvollerweise derjenige der Anfechtungsfrist angesehen werden. Danach besteht Grund, sowohl den anfänglichen als auch den nachträglichen Wählbarkeitsmangel zu sanktionieren, weil dann in beiden Fällen der Vertrauenstatbestand seine Wirkungen entfaltet.

cc) § 24 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz spricht jedoch nur gegen die ausschließliche Geltendmachung von Wählbarkeitsmängeln durch die Anfechtung des § 22 Mitbestimmungsgesetz. Es ist damit keine Entscheidung gegen Wählbarkeitsmängel als Anfechtungsgründe gefallen, sofern man einen Rechtsbehelf für die Nichtwählbarkeitsfeststellung entsprechend § 24 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz zuläßt. § 24 Mitbestimmungsgesetz enthält zunächst nur eine Wertung gegen die ausschließliche Zulassung eines fristgebundenen Rechtsbehelfs.

b) Die Übernahme des Nichtigkeitsgrundes des § 250 Abs. 1 Nr. 4 Aktiengesetz – Wertungsgesichtspunkte

aa) Für die Anwendung des aktienrechtlichen Nichtigkeitsgrundes kann zunächst sprechen, daß ein Teil der Wählbarkeitsvoraussetzungen für Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter der gleichen gesetzlichen Bestimmung des § 100 Aktiengesetz entnommen wird. Zwar ist damit der Schluß auch auf die aktienrechtlichen Rechtsfolgen nicht zwingend, doch bedarf es danach einer überzeugenden Begründung, warum das Nichtvorliegen der gleichen Wählbarkeitsmängel bei Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern unterschiedliche Folgen haben soll.

bb) Problematisch ist, ob aus dem Grundsatz der Gleichheit der Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer und der Anteilseigner Folgerungen gezogen werden können. Aus dem oben unter § 3 Abs. II.2.b gewonnenen Be-

fund dürfte sich die Wertung entnehmen lassen, daß gleichartige Verstöße gegen gleiche Vorschriften bei Anteilseigner- und Arbeitnehmerwahl auch zu den gleichen Rechtsfolgen führen. Sofern daher sowohl das Aktiengesetz als auch das Mitbestimmungsgesetz für Anteilseigner- wie Arbeitnehmervertreter gleiche Wählbarkeitsvoraussetzungen aufstellt und der Gesetzgeber des Aktiengesetzes bei Verletzung dieser Vorschrift die Wertung getroffen hat, daß hierfür die Rechtsfolge der Nichtigkeit angemessen sei, so muß dies einheitlich für Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter gelten. Dies gilt aber nur bezüglich der für Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter identischen Wählbarkeitsvoraussetzungen der §§ 100 und 105 Aktiengesetz. Sofern die Mitbestimmungsgesetze nämlich *weitere* Anforderungen stellen, ist hinsichtlich der Rechtsfolgen durch den Gesetzgeber des Aktiengesetzes gerade keine Gewichtung getroffen. Es erscheint einleuchtend, daß für diese weiteren Wählbarkeitsvoraussetzungen, die für das Mitbestimmungsgesetz auch in Anlehnung an das Betriebsverfassungsgesetz bestimmt sind, dessen Rechtsfolgen Anwendung finden.

cc) Die für Anteilseigner- wie Arbeitnehmervertreter gleichermaßen geltenden §§ 100, 105 Aktiengesetz sind ferner als sogenannte Amtsausübungsvoraussetzungen ausgestaltet. Darin liegt der Unterschied zum Anwendungsbereich der Unwählbarkeitsfeststellung entsprechend § 24 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz, der das Vorliegen echter Wählbarkeitsmängel voraussetzt. Wenn die Anwendung des § 24 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz unter anderem den Vorteil mit sich bringen soll, daß ein gegenüber dem Zeitpunkt der Wahl späteres Nichtvorliegen von Wählbarkeitsmängeln berücksichtigt werden kann, so steht dahinter der richtige Gedanke[79], daß ein im Zeitpunkt der Wahl vorliegender Mangel während eines Zeitablaufes heilen kann und nicht mehr berücksichtigt werden soll, wenn er im Zeitpunkt der Entscheidung über die Nichtwählbarkeit als Mangel nicht mehr vorhanden ist.

Sind jedoch die Wählbarkeitsvoraussetzungen als Amtsausübungsvoraussetzungen ausgestaltet, so ist dadurch zu erkennen gegeben, daß bereits eine Heilung während eines Zeitablaufes, nämlich vom Zeitpunkt der Wahl bis zum Amtsantritt, eintreten kann. Damit kann beabsichtigt sein, eine weitergehende Heilung als die, daß die gesamten Voraussetzungen zum Zeitpunkt des Amtsantrittes vorliegen müssen, nicht zuzulassen[80].

Die Nichtigkeitsfolge bei Wählbarkeitsmängeln ist auch gegenüber der Unwählbarkeitsfeststellung entsprechend § 24 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz im Hinblick auf die nach Möglichkeit zu erhaltende Bestandskraft der Wahl nicht so gravierend, daß sie von vornherein auszuscheiden hat. Die Nichtigkeit beschränkt sich auf den einzelnen Arbeitnehmervertreter. An seine Stelle tritt das Ersatzmit-

79 Dazu näher Schröder, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 13 ff (Betriebsratswahl), S. 30 (Aufsichtsratswahl).

80 Eine Heilungsmöglichkeit entsprechend § 242 Aktiengesetz scheidet aus, da eine Eintragung des Wahlergebnisses der Arbeitnehmerwahl in das Handelsregister nicht vorgesehen ist.

glied[81]. Eine Neuwahl für einen Aufsichtsratssitz wäre also nur bei gleichzeitiger Nichtwählbarkeit des Ersatzmitgliedes erforderlich. Im übrigen muß das Ersatzmitglied die Wählbarkeitsvoraussetzungen auch erst bei seinem Amtsantritt aufweisen. Für das Ersatzmitglied besteht also eine noch länger andauernde Heilungsmöglichkeit bei einem eventuell vorliegenden Wählbarkeitsmangel. Eine Neuwahl wird daher so gut wie nie erforderlich sein[82].

c) Die Nichtwählbarkeitsfeststellung entsprechend § 24 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz

Es wird die Auffassung vertreten, daß Wählbarkeitsmängel bei der Aufsichtsrats- und Betriebsratswahl[83] generell gleich zu behandeln seien. Während der Dauer der zweiwöchigen Anfechtungsfrist seien daher die Wählbarkeitsmängel durch Anfechtung der Wahl geltend zu machen, danach sei in entsprechender Anwendung[84] des § 24 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz die Unwählbarkeitsfeststellung gegeben[85].

aa) Die Analogie wird im wesentlichen damit begründet, daß sich dadurch für die Mitbestimmungsgesetze ein Anschluß an die historisch gewachsene Sonderbehandlung von Wählbarkeitsmängeln ergebe. Diese haben in die gesetzliche Regelung des § 24 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz eingemündet. Der Weg über § 24 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz gibt schließlich eine überzeugende Lösung für die Heilung von Wählbarkeitsmängeln, ohne daß hierfür bei einzelnen Wählbarkeitsvoraussetzungen Ausnahmen geschaffen werden müssen.

Durch die Möglichkeit der Unwählbarkeitsfeststellung wird zunächst der sich aus § 24 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz ergebende Wertungswiderspruch aufgelöst: Erforderlich ist auch eine über die Anfechtungsfrist des § 22 Mitbestimmungsgesetz hinausgehende Geltendmachung der Nichtwählbarkeit, wenn § 24 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz bei nachträglichem Verlust das Erlöschen des Amtes vorsieht. Daß die nachträgliche Berücksichtigung des Mangels die Nichtigkeit

---

81 Vgl. § 17 Mitbestimmungsgesetz.

82 Anders natürlich, wenn gar keine Ersatzbewerber kandidiert haben.

83 BAG SAE 78, 153 hat ausgeführt, daß bei Fehlen der Wählbarkeitsvoraussetzungen bei einzelnen Betriebsratsmitgliedern in diesen Fällen „erkennbar – und zwar auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist das ... Verfahren nach § 24 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz eröffnet" sei. Es hat allerdings weiter ausgeführt, daß sich daher die Annahme verbiete, die Betriebsratswahl sei schlechthin nichtig.

84 Zwar enthalten das Mitbestimmungsgesetz und das Mitbestimmungsergänzungsgesetz Bestimmungen über die Anfechtung der Wahl der Arbeitnehmervertreter bei Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über die Wählbarkeit, vgl. § 22 Mitbestimmungsgesetz, § 8 Mitbestimmungsergänzungsgesetz. Eine dem § 24 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz entsprechende Regelung fehlt jedoch.

85 So Schröder, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 17 ff; dagegen Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 12.

der Wahl des Betroffenen *in jedem Fall* bedinge, läßt sich, wie Schröder[86] überzeugend darlegt, nicht begründen.

bb) Sofern weitere, über das Aktiengesetz hinausgehende Wählbarkeitsvoraussetzungen aufgestellt werden, besteht auch keine Notwendigkeit, alle Wählbarkeitsmängel gleich zu behandeln. Fehlt die Parallele bei den von Schröder so genannten genetischen Defekten[87], folgt auch nach dem oben Ausgeführten, daß das Gleichstellungspostulat keine gleichen Rechtsfolgen verlangt. Vielmehr deutet gerade das Fehlen der zusätzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen im Aktiengesetz auf eine unterschiedliche Gewichtung hin, die sich auch bei der Art der Rechtsbehelfe auswirken muß.

Im übrigen zeigen die nur für die unternehmensangehörigen Arbeitnehmer aufgestellten zusätzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen, daß sie vom Gesetzgeber als für die Arbeitnehmervertreter nicht so wichtig angesehen werden. Die Geltendmachung mittels Anfechtung durch einen enumerativ aufgezählten Kreis von Antragsberechtigten erscheint daher der Bedeutung der Wählbarkeitsvoraussetzungen angemessen.

3. Als Ergebnis ist festzustellen, daß Mängel, die die allgemeinen Wählbarkeitsvoraussetzungen betreffen, die für alle Aufsichtsratsmitglieder gleichermaßen gelten, auch auf Arbeitnehmerseite für gewerkschafts- und unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter zur Nichtigkeit der Wahl des Betreffenden führen[88].

Die besonderen Wählbarkeitsvoraussetzungen, wie z.B. diejenigen, die § 7 Abs. 3 Mitbestimmungsgesetz statuiert, geben bei Verletzung einen Anfechtungsgrund ab, der zunächst mit dem befristeten Rechtsbehelf der Anfechtung geltend gemacht werden kann und danach mit der Nichtwählbarkeitsfeststellung entsprechend § 24 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz[89].

Ein Fehlen der zusätzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen (§ 15 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz) ist ein Anfechtungsgrund[90], wobei dem Rechtsgedanken des

86 Schröder, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 26 ff.

87 Schröder, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 24.

88 So auch Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 8; Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 8 mit der Einschränkung, daß ein Verstoß gegen § 105 Aktiengesetz in der Modifikation des § 6 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz nur zur Anfechtung berechtigen soll. Ähnlich Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, Rz. 12.

89 So auch Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 9; Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 12 für die einjährige Unternehmenszugehörigkeit; anders Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 49; die in diesem Fall ausschließlich Nichtigkeit annehmen; ebenso Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 19; daß sämtliche Wählbarkeitsvoraussetzungen bei ihrer Verletzung nur Anfechtbarkeit begründen, vertritt Schröder, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, S. 17 ff.

90 Ebenso Wlotzke, Zusammensetzung und Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeit-

§ 24 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz zu entnehmen ist, daß eine Unwählbarkeitsfeststellung nach Ablauf der Anfechtungsfrist nicht in Betracht kommen soll.

V. Entsprechende Anwendung der §§ 250 Abs. 1, 241 Nr. 1 und 2 Aktiengesetz. Verletzung eines Mindestbestandes formeller Voraussetzungen bei der Einleitung und Durchführung einer Wahl zum Aufsichtsrat

Auf den ersten Blick scheinen die Nichtigkeitsgründe der §§ 241 Nr. 1 und 2 Aktiengesetz auf die Wahlen der Arbeitnehmer nicht übertragbar zu sein. Nichtig sind nach diesen Vorschriften Wahlen der Anteilseignervertreter zum Aufsichtsrat, wenn die Wahlbeschlüsse in einer Hauptversammlung gefaßt worden sind, die nicht nach § 121 Abs. 2 und 3 Aktiengesetz einberufen war, es sei denn, daß alle Aktionäre erschienen oder vertreten waren (§ 241 Nr. 1 Aktiengesetz); ferner dann, wenn die Wahlbeschlüsse nicht nach § 130 Abs. 1, 2 und 4 Aktiengesetz beurkundet worden sind (§ 241 Nr. 2 Aktiengesetz).

1. Grund für die scharfe Rechtsfolge bei Verletzung dieser formellen Bestimmungen ist, daß sie ganz wesentlich die ordnungsgemäße Abhaltung einer Wahl sichern. Die fehlerhafte Einberufung oder das Unterlassen einer Bekanntmachung über Zeit und Ort einer Hauptversammlung, in der Wahlbeschlüsse gefaßt werden sollen, nimmt von vornherein die Chance einer ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl. Es fehlt das äußere notwendige Gerüst, ohne das eine Wahl überhaupt nicht vorgenommen werden kann. Die scharfe Sanktion dient so der Einhaltung und Beachtung der fundamentalen Verfahrensprinzipien[1].

Gemäß § 121 Abs. 2 Aktiengesetz wird die Hauptversammlung durch den Vorstand einberufen. Dabei gelten Personen, die in das Handelsregister als Vorstand eingetragen sind, als befugt. Nach Abs. 3 ist die Einberufung in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen. Sie muß die Firma, den Sitz der Gesellschaft, Zeit und Ort der Hauptversammlung und die Bedingungen angeben, von denen die Teilnahme an der Hauptversammlung und die Ausübung des Stimmrechtes abhängen.

2. Die Gewährleistung einiger fundamentaler formeller Voraussetzungen bei Einleitung und Durchführung der Wahl ist auch für die Wahlen der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat unerläßlich. Sie haben für die ordnungsgemäße Wahrnehmung des Wahlrechtes durch die wahlberechtigten Arbeitnehmer und damit auch beim Zustandekommen einer ausreichenden Legitimationsgrundlage für die Arbeitnehmervertreter die gleiche Bedeutung wie für die Anteilseigner

---

nehmer, ZGR 77, 355, 384; Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 13.

1 Vgl. Schilling in Hachenburg, Großkommentar zum GmbH-Gesetz, Anhang § 47 Rz. 21.

bei deren Wahl. So hat auch schon das RAG[2] und ihm folgend das BAG[3] sowie die Kommentarliteratur zur Betriebsratswahl Nichtigkeit der Wahl angenommen, wenn die Wahl ohne einen Wahlvorstand vorgenommen wurde.

a) Eine Wahl im Bereich des Mitbestimmungsgesetzes, die ohne Wahlvorstand durchgeführt werden würde, ließe eine Fülle fundamentaler Wahlprinzipien ausser Acht. Die Kompliziertheit des Wahlverfahrens bürdet den Wahlvorständen eine große Last bei der Bewältigung der Wahl auf. Fehler hierbei können das Teilnahmerecht der Wahlberechtigten an der Wahl beeinträchtigen. Fehler des Wahlvorstandes dürften die größte Zahl von Anfechtungsgründen hervorrufen. Eine nicht gegen allgemeine Wahlprinzipien schwer verstoßende Wahl ist bei Nichtbeteiligung von Wahlvorständen im Bereich mitbestimmungspflichtiger Unternehmen wegen der Anzahl der beteiligten Arbeitnehmer an der Wahl und der Kompliziertheit der Vorschriften kaum denkbar. Den Wahlvorständen obliegt die Einleitung, die Durchführung der Wahl und die Feststellung des Wahlergebnisses[4]. Sie haben insbesondere die für verschiedene Abstimmungen im Vorfeld der eigentlichen Wahl und für die Wahl selbst bedeutsame Wählerliste aufzustellen. Sie müssen durch Bekanntmachung dafür Sorge tragen, daß jeder wahlberechtigte Arbeitnehmer Ort, Zeit und Bedeutung der Abstimmung erfährt. Diese Aufgaben werden als so wichtig erachtet, daß das Unterlassen einer Wahl des Wahlvorstands in einem einzelnen Betrieb des Unternehmens dazu führen soll, daß die Arbeitnehmer dieses Betriebes überhaupt nicht an der Wahl zum Aufsichtsrat des Unternehmens teilnehmen[5]. Wird eine Arbeitnehmerwahl ganz ohne Wahlvorstand durchgeführt, so wird auch zum Mitbestimmungsgesetz die Ansicht vertreten, daß die Wahl nichtig sei[6].

In Anlehnung an die aktiengesetzlichen Nichtigkeitsfälle können daher folgende Nichtigkeitsgründe bei den Wahlen der Arbeitnehmer zum Aufsichtsrat auftreten:

2 RAG ArbRSammlung Bd. 4, 315; vgl. auch Thiele in Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 19 Rz. 72.

3 BAG AP Nr. 1 zu § 18 Betriebsverfassungsgesetz 1952.

4 Für die Betriebsratswahl BAGE 4, 63, 68: „. . . Denn Aufgabe des Wahlvorstandes ist es gerade, für eine unbeeinflußte, ordnungsmäßige Durchführung der Wahl Sorge zu tragen. Er ist das für die Vorbereitung, Ausgestaltung und Durchführung der Wahl maßgebende Wahlorgan."
Für die Aufsichtsratswahl der Arbeitnehmervertreter nach den §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz 1952 BAG AP Nr. 16 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz 52; rechtsfortbildend, da die in § 87 Betriebsverfassungsgesetz 1952 angekündigte Wahlordnung nicht erlassen wurde, ist dort den Hauptwahlvorständen die Ausarbeitung einer Wahlordnung auferlegt worden. Für die Wahl nach dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz vgl. § 2 Wahlordnung Mitbestimmungsergänzungsgesetz, für die Wahl nach dem Mitbestimmungsgesetz vgl. § 3 1., 2. und 3. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz.

5 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, Übersicht vor § 9 Rz. 60; Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 10 Anmerkung 69.

6 Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 6 und § 10 Rz. 47, 68 ff.

Bei Fehlen sämtlicher zu bildender Wahlvorstände auf Betriebs- und Unternehmensebene liegt nur eine Akklamationswahl vor, die zur Nichtigkeit führt[7]. So soll durch die von den Wahlvorständen zu treffenden Maßnahmen, die das Wahlverfahren auseinanderziehen[7a], sichergestellt werden, daß die Arbeitnehmer ihr Beteiligungsrecht ausüben können und ihnen eine Bedenkzeit über ihr Abstimmungsverhalten in den Vorabstimmungen eingeräumt wird. Spontan einberufene „Vollversammlungen" werden diesem Zweck nicht gerecht.

Nichtig dürfte aber auch eine Akklamationswahl sein, die – im wohl nur theoretischen Falle – unter Beteiligung sämtlicher wahlberechtigter Arbeitnehmer stattfände. Die nicht leicht zu treffende – und daher den Wahlvorständen übertragene – Feststellung der Wahlberechtigung würde von vornherein eine so große Fehlerquote in die Wahl hineintragen, daß einem solchen Beschluß jegliche Wirksamkeit abgesprochen werden muß.

Nichtig ist die Wahl auch, wenn die Aufgaben des Wahlvorstandes durch den Arbeitgeber ausgeführt werden; wenn dieser also insbesondere die Eintragung in die Wählerlisten und die Bekanntmachung und Ausarbeitung der Wahlausschreiben verfügte. Die Durchführung des Wahlverfahrens ist ausschließlich Sache der Arbeitnehmer[8,9]. Dagegen begründet die fehlerhafte Bildung des Wahlvorstandes nur die Anfechtung der Wahl[10].

b) Das Fehlen eines Wahlausschreibens, das der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder unmittelbar vorauszugehen hat (§ 37 1. Wahlordnung; § 39 2. Wahlordnung; § 40 3. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz)[11] – nicht etwa auch eines Wahlausschreibens für eine Vorabstimmung[12], das lediglich die Anfechtung der Wahl begründen wird –, greift in das Wahlrecht des wahlberechtigten Arbeitnehmers so

7 BAGE 11, 318 ff = BAG AP Nr. 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht sah für die Betriebsratswahl darin einen Nichtigkeitsgrund; vgl. auch RAGE 3, 100. Dazu zählt auch die formlose Vereinbarung in einer Betriebsversammlung, Mitarbeiter zu Betriebsräten zu ernennen; Wehr, Anfechtung und Nichtigkeit von Betriebsratswahlen, DB 59, 376, 377 ff; LAG Essen in ArbRslg Bd. 2, LAG S. 63; LAG Berlin, WA 51 Nr. 230.

7a In dieser Richtung auch LAG Hamm, BB 74, 1486 für die Betriebsratswahl.

8 Vgl. Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, Übersicht vor § 9 Rz.36; Säcker, Die Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz, Anmerkung 19. Der Arbeitgeber darf deshalb auch nicht die Einladung zu einer Betriebsversammlung aussprechen, auf der der Wahlvorstand gewählt werden soll. Zu § 17 Betriebsverfassungsgesetz ist die Frage umstritten, vgl. Fitting/Auffarth/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 17 Anmerkung 11; Dietz/Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 17 Anmerkung 6.

9 Vgl. hier die aktienrechtliche Parallele; Nichtigkeit bei Einberufung durch Unbefugte, §§ 121 Abs. 2, 241, 250 Aktiengesetz; vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 241 Rz.76.

10 So für die Betriebsratswahl BAGE 1, 317, 319 = BAG AP Nr. 1 zu § 18 Betriebsverfassungsgesetz 1952.

11 Vgl. auch § 9 Abs. 2 Wahlordnung Mitbestimmungsergänzungsgesetz und § 32 Wahlordnung 53 zum Betriebsverfassungsgesetz 1952.

12 Vgl. etwa § 14 1. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz.

schwer ein, daß entsprechend zu § 241 Aktiengesetz Nichtigkeit der Wahl eingreifen muß[13].

Das Wahlausschreiben soll sicherstellen, daß die Wahlberechtigten über ihre Möglichkeit, an der Wahl teilzunehmen, unterrichtet werden. In Parallele zu den aktienrechtlichen Mindesterfordernissen an eine ordnungsgemäße Einberufung muß das Wahlausschreiben wenigstens Ort, Tag und Zeit der Stimmabgabe für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer[14] sowie die Bedingungen angeben, von denen die Ausübung des Stimmrechts abhängt. Das ist das Erfordernis der vorherigen Eintragung in die Wählerliste[15]. Fehlen diese Mindestvoraussetzungen eines Wahlausschreibens, so ist die erfolgte Wahl nichtig.

Zur Nichtigkeit führt daher das Unterbleiben eines Wahlausschreibens überhaupt[16] als auch die ganz fehlende oder grob fehlerhafte Bekanntmachung der genannten zwingenden Erfordernisse des Wahlausschreibens[17]. Bei Verstößen gegen andere Voraussetzungen des Wahlausschreibens ist jeweils zu prüfen, ob es sich um eine wesentliche Verfahrensvorschrift handelt, dann Anfechtung, oder ob es sich um eine nicht anfechtbare Verletzung einer Ordnungsvorschrift handelt.

VI. Nichtigkeit der Wahl von Wahlmännern im Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze

1. Eigenständige Nichtigkeit dieser Wahl

Eine Wahl von Wahlmännern ist in § 10 Mitbestimmungsgesetz, § 6 Mitbestimmungsergänzungsgesetz und in § 76 Abs. 4 Satz 2 Betriebsverfassungsgesetz 1952

---

13 Zur Nichtigkeit bei Fehlen eines Wahlausschreibens BAG AP Nr. 4 zu § 19 Betriebsverfassungsgesetz 72. Allerdings lagen daneben noch weitere Verstöße vor. Ob das Fehlen eines Wahlausschreibens allein schon die Wahl nichtig gemacht hätte, ist dort offengeblieben.

14 § 37 Nr. 18 1. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz; § 32 Abs. 2 1. Wahlordnung 53 zum Betriebsverfassungsgesetz 52; § 9 Abs. 2 o) Wahlordnung Mitbestimmungsergänzungsgesetz.

15 § 37 Nr. 3 1. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz; § 32 Abs. 2 c) Wahlordnung 53 zum Betriebsverfassungsgesetz 1952; § 9 Abs. 2 c) Wahlordnung Mitbestimmungsergänzungsgesetz.

16 Zur Betriebsratswahl so schon Arbeitsgericht Wesel in ARSt X Nr. 474; dazu auch Wehr, Anfechtung und Nichtigkeit von Betriebsratswahlen, DB 59, 376, 377.

17 BAG AP Nr. 13 zu § 18 Betriebsverfassungsgesetz 1952 nimmt einen Anfechtungsgrund an, wenn die im Wahlausschreiben angegebene Zeit für die Stimmabgabe nicht eingehalten, sondern nachträglich geändert und die Änderung im Betrieb lediglich mündlich bekanntgemacht wird. Allerdings war bei dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall die Zeit für die Stimmabgabe gegenüber dem im Wahlausschreiben angegebenen Zeitraum *erweitert* worden. Eine grob fehlerhafte Bekanntmachung, die zur Nichtigkeit führt, wird erst dann vorliegen, wenn die Zeit für die Abstimmung entgegen dem Wahlausschreiben eingeschränkt oder überhaupt nicht eingehalten wird.

- dort fakultativ – vorgesehen. Die Kommentarliteratur[18] geht davon aus, daß die Wahl der Wahlmänner nach § 10 Mitbestimmungsgesetz nicht nur anfechtbar, sondern auch nichtig sein kann, obwohl der Gesetzgeber auch hier eine Regelung nicht getroffen hat.

Ableiten läßt sich dies im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes aus der eigenständigen Anfechtungsmöglichkeit der Wahl der Wahlmänner gemäß § 21 Mitbestimmungsgesetz[19]. Eine gesonderte Anfechtung dieser Wahl soll nach der Gesetzesbegründung[20] vermeiden, daß Fehler bei der Wahl der Wahlmänner zur Anfechtbarkeit der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer führen und eine Wiederholung dieser Wahl erforderlich machen.

Ob dieser Zweck angesichts der relativ kurzen Aufeinanderfolge von Wahl der Wahlmänner und anschließender Wahl der Aufsichtsratsmitglieder und der Dauer bis zur Rechtskraft einer Entscheidung über die Anfechtung der Wahl der Wahlmänner erreicht wird, erscheint zweifelhaft[21]. Sicherlich kann die gesonderte Anfechtung der Wahl der Wahlmänner zu einer Limitation der Wahlanfechtungsverfahren nach § 22 Mitbestimmungsgesetz führen, soweit man in § 21 Mitbestimmungsgesetz einen Rechtsbehelf sieht, von dem Gebrauch gemacht werden muß, um das Anfechtungsrecht nach § 22 nicht zu verlieren; vorausgesetzt, die Anfechtung stützt sich auf einen Mangel, der sich ausschließlich bei der Wahl der Wahlmänner ausgewirkt hat[22]. Die eigenständige Anfechtung und damit auch die Annahme besonderer Nichtigkeit dieser Wahl erscheint auch angesichts der Stellung und der Aufgaben der Wahlmänner gerechtfertigt. So erschöpft sich die Aufgabe der Wahlmänner nicht allein in der einmaligen Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer. Vielmehr haben sie die Abberufung der Arbeitnehmervertreter und eventuelle Nachwahlen vorzunehmen[23]. Gemäß § 13 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz ist deshalb die Amtszeit der Wahlmänner grundsätzlich an die der Aufsichtsratsmitglieder gekoppelt. Aufgrund der vorgenannten Aufgaben

---

18 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz.3; Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz.11; Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz.5; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz.47; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz.36 ff.

19 Aus dem Fehlen einer gesonderten Anfechtung der Wahl der Wahlmänner im Mitbestimmungsergänzungsgesetz und Betriebsverfassungsgesetz 52 läßt sich entnehmen, daß dadurch eine eigenständige Nichtigkeit der Wahl der Wahlmänner nicht in Betracht kommt.

20 BT-Drucksache 7/2172, S. 25.

21 Nach herrschender Meinung soll die Anfechtung auch nur ex nunc wirken. Bis zur Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung könnten die Wahlmänner wirksam handeln. Dies erfordert im Regelfall, daß auch die anschließende Wahl der Aufsichtsratsmitglieder angefochten werden muß.

22 Vgl. dazu Matthes, Das Verhältnis der Anfechtung der Wahl der Wahlmänner zur Anfechtung der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder, DB 78, 635, 636. Dabei können Verstöße gegen das Wahlrecht und die Wählbarkeit doppelrelevant sein: Sie können die Anfechtbarkeit der Wahl der Wahlmänner als auch die davon unbeeinflußte eigenständige Anfechtung der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder auslösen.

23 Vgl. dazu Hoechel, Die Wahlmänner im Mitbestimmungsgesetz 1976, S. 175 ff.

erscheint es auch gerechtfertigt, das Wahlmännergremium als eigenständiges Repräsentationsorgan der Arbeitnehmer anzusehen[24]. Damit hat aber auch die Wahl der Vertreter dieser Wahlmännerversammlung eine eigenständige Bedeutung.

2. Nichtigkeitsgründe

Es gelten für die Wahl der Wahlmänner nach dem Mitbestimmungsgesetz dieselben Nichtigkeitsgründe wie für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer. Dabei können allerdings nicht alle oben aufgeführten Nichtigkeitsgründe relevant werden. So haben die Nichtigkeitsgründe entsprechend § 250 Abs. 1 Nr. 1 und 3 Aktiengesetz für die Wahl der Wahlmänner keine Bedeutung. Insbesondere begründet die falsche Errechnung der Zahl der Wahlmänner nur die Anfechtung.

Wegen der zu den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat gleichgearteten Wählbarkeitsregelungen für Wahlmänner erscheint es gerechtfertigt, den Nichtigkeitsgrund entsprechend § 250 Abs. 1 Nr. 4 Aktiengesetz mit den oben aufgezeigten Einschränkungen auch hier anzunehmen. Die Wahl der Wahlmänner wird auch bei Fehlen eines Wahlvorstandes, bei einer Akklamationswahl und beim Fehlen eines Wahlausschreibens mit dem für die Ausübung des Wahlrechtes für alle Wahlberechtigten gleichermaßen unverzichtbaren Inhalt nichtig sein.

Ob die Abhaltung einer Wahlmännerwahl entgegen § 9 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz, wonach unmittelbare Wahl stattfinden soll, die Nichtigkeit dieser Wahl begründet, ist in der Literatur umstritten[25]. Keine Nichtigkeit dürfte anzunehmen sein, wenn die fehlerhafte Wahl auf einer falschen Einschätzung des Wahlvorstandes beruht. In diesem Fall wird ein Fehler auch nicht „schwer und offensichtlich" sein[26].

Im übrigen sprechen bei der Wahlmännerwahl mittelbar die gleichen Rechtssicherheitsgründe für eine enge und limitierte Anzahl von Nichtigkeitsgründen. Immerhin kann in gewissen Fällen die Nichtigkeit der Wahl der Wahlmänner auch die Nichtigkeit der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer zur Folge haben[27].

---

24 Siehe auch Raiser, Privatautonome Mitbestimmungsregelungen, BB 77, 1461, 1463, der die Wahlmännerversammlung als gesetzliches Organ der Arbeitnehmer bezeichnet.

25 Für Nichtigkeit: Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz.11; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz.48; dagegen: Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz.7.

26 Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 8 Betriebsverfassungsgesetz 1972 = EzA § 8 Betriebsverfassungsgesetz 72 Nr. 2.

27 Siehe sogleich nachstehend.

3. Rechtsfolgen der nichtigen Wahl der Wahlmänner im Hinblick auf die nachfolgende Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer

Die nichtige Wahl *einzelner* Wahlmänner begründet nur die Anfechtbarkeit der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder. Durch die nichtige Wahl fehlt dem betreffenden Wahlmann das Wahlrecht für die Bestimmung der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer. Es liegt somit - bezogen auf die Aufsichtsratswahl der Arbeitnehmer – ein Verstoß gegen das Wahlrecht vor[28], der gemäß § 22 Mitbestimmungsgesetz zur Anfechtung berechtigt. Erforderlich für eine erfolgreiche Anfechtung ist, daß die Beteiligung der nichtig gewählten Wahlmänner das Wahlergebnis der Wahl der Arbeitnehmervertreter beeinflußt haben konnte.

Teilweise wird vertreten, daß die Wahl der Arbeitnehmervertreter nicht nur anfechtbar, sondern nichtig sei, wenn mehr als die Hälfte der Wahlmänner nichtig gewählt worden war[29]. Andere sind der Auffassung, daß dies nur dann der Fall ist, wenn sämtliche Wahlmänner nichtig gewählt worden waren[30].

Meines Erachtens kann folgendes angenommen werden: Sind *sämtliche* Wahlmänner nichtig gewählt, so hat rechtlich gesehen eine Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer gar nicht stattgefunden. Dies folgt aus den Grundsätzen einer mittelbaren Wahl, die das Wahlrecht zur Bestimmung der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer in die Hände der Wahlmänner legt, die Wahlberechtigung also transponiert. Der Gesetzgeber hat durch die Ausgestaltung der Amtszeit, der Befugnisse der Wahlmänner sowie der eigenständigen Anfechtung von deren Wahl zu erkennen gegeben, daß ein deutlicher Abschnitt, eine Trennung des ansonsten als einheitlich anzusehenden Wahlverfahrens vorgenommen wird. Bezogen auf das Wahlrecht bedeutet dies, daß bei nichtiger Wahl der Wahlmänner eine Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nicht stattgefunden hat. Die Arbeitnehmer selbst haben nur Wahlmänner wählen wollen, denen erst die eigentliche Wahlaufgabe anvertraut werden sollte. Zu einer solchen Wahl konnte es jedoch nicht kommen, da aufgrund der Rechtsfolge einer nichtigen Wahl – Nichtigkeit von Anfang an – keiner der Wahlmänner wahlberechtigt war. Die Wahl ist daher nichtig. Man könnte sogar daran denken, von einer Nichtwahl in Anlehnung an die Kategorie des „Nichtbeschlusses“[31] zu sprechen, wenn nicht aus Rechtssicherheitsgründen die Einbeziehung als Nichtigkeitsgrund wünschenswert erschiene[32].

---

28 Vgl. Matthes, Das Verhältnis der Anfechtung der Wahl der Wahlmänner zur Anfechtung der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder, DB 78, 635, 637.

29 Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz.12 und § 22 Rz.20; Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz.6 und § 21 Rz.5.

30 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz.51; Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz.10.

31 Vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 231 Rz.54 mit weiteren Nachweisen. BGHZ 11, 231, 236 mit dem Beispiel, daß ein Mann von der Straße eine Versammlung von Leuten einberuft, die mit der Gesellschaft gar nichts zu tun haben.

32 Dazu Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 231 Rz.54 56.

VIII. Keine Übertragbarkeit weiterer zur Betriebsratswahl angenommener Nichtigkeitsgründe

Die aufgeführten Nichtigkeitsgründe müssen aus den oben dargelegten Gründen[33] der Rechtssicherheit eine erschöpfende Aufzählung darstellen. Zudem hat die Einzelanalyse der Nichtigkeitsgründe gezeigt, daß die Verletzung dieser Vorschriften aus Rechtssicherheitsgründen die Nichtigkeit der Wahl erfordert. Dabei hat sich ergeben, daß es zumeist Vorschriften formeller Art sind, die den Beteiligten aus Rechtssicherheitsgründen unabhängig von der materiellen Rechtslage Handlungsanleitungen vorschreiben. Die leichte Nachprüfbarkeit des Vorliegens oder Nichtvorliegens der Voraussetzungen dieser Norm macht die Nichtigkeit der Wahl aber auch erträglich. In dieser aus der Dialektik der Rechtssicherheit sich ergebenden Nichtigkeit liegt die Verwandtschaft zur „Offensichtlichkeit" und „Schwere des Mangels" als den von der Rechtsprechung hinter der Nichtigkeit der Wahl gesehenen Prinzipien.

Zumdem besteht m. E. auch kein weitergehendes Bedürfnis an Nichtigkeitsgründen. Die Fälle verdeckter Fehler, die innerhalb der Anfechtungsfrist für die Anfechtungsberechtigten nicht erkennbar werden, sind bei Wahlen nach dem Mitbestimmungsgesetz, die einen unternehmensöffentlichen Vorgang darstellen, gering zu veranschlagen. Die Gefahr der Geltendmachung der Unwirksamkeit der Wahl nach Jahr und Tag und das Erfordernis einer Neuwahl der gesamten Arbeitnehmerbank mit der Ablösung eines funktionierenden und eingearbeiteten Aufsichtsrates scheint mir im Hinblick auf das rechtspolitische Anliegen einer wirksamen Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat größer als ein möglicherweise eintretendes Legitimationsdefizit der Arbeitnehmervertreter aufgrund fehlerhaften Wahlverfahrens. Zudem deckt die Parallele zum Aktiengesetz, die ebenfalls eine enumerative Auflistung der Nichtigkeitsgründe ermöglicht, die zum Mitbestimmungsgesetz vertretenen Fälle von Nichtigkeit ab. Wo dies nicht der Fall ist, beruht dies auf einer Übertragung der zur Betriebsratswahl angenommenen Nichtigkeitsgründe, die die unterschiedlichen Voraussetzungen und Wirkungen von Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen zu wenig beachtet.

1. Die unzulässige Wahlbeeinflussung

Das BAG hat angenommen, daß eine Betriebsratswahl nichtig sei, wenn eine ganz grobe Wahlbeeinflussung durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen vorgenommen worden ist[34]. In Fällen minderschwerer Art soll eine derartige Wahlbeeinflussung nur zur Anfechtbarkeit der Wahl führen können. Daß grobe Wahlbeeinflussungen in einem

33 § 3 II.
34 BAGE 4, 63, 67.

der Mitbestimmung unterliegenden Unternehmen nicht innerhalb der Anfechtungsfrist geltend gemacht werden, erscheint unwahrscheinlich.

a) So ist die Kontrolldichte bei den der Mitbestimmung unterliegenden Unternehmen größer. Dafür sorgt die große Anzahl der Wahlberechtigten und demzufolge auch der Anfechtungsberechtigten. Zu bedenken ist, daß das Interesse der Öffentlichkeit bei Wahlen im Unternehmensbereich sehr viel größer ist. Dies hängt nicht zuletzt auch mit den Kandidaten zusammen, die sich einer Wahl stellen. So werden etwa namhafte Gewerkschaftsvertreter kandidieren[35].

Anders als bei der Betriebsratswahl besteht ein weitaus größeres Intersse der Anteilseignerseite an der Wahl der Arbeitnehmervertreter, da die Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten des Organs Aufsichtsrat für das Unternehmen von großer Bedeutung sind.

b) Der eingesetzte juristische Sachverstand ist bei Aufsichtsratswahlen höher als bei Betriebsratswahlen. Dafür sorgen die Rechtsabteilungen der Unternehmen, die bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter juristische Hilfestellung leisten. Das liegt aber auch an dem Einsatz des juristischen Wissens der Gewerkschaften, die – anders als bei der Betriebsratswahl – die Möglichkeit haben, Gewerkschaftsvertreter auch als Betriebs- oder Unternehmensexterne in das Vertretungsorgan wählen zu lassen[36]. Es besteht so auch für die Gewerkschaften ein unmittelbares Interesse an einer ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl.

c) Schließlich ist zu bedenken, daß – anders als im Betriebsverfassungsrecht – die unzulässige Wahlbeeinflussung bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nicht in einem eigens aufgestellten Tatbestand unter Strafe gestellt ist. Auch schwere Verstöße der unzulässigen Wahlbeeinflussung lassen sich in zumutbarer Weise im Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze während des Wahlverfahrens durch die Beantragung und den Erlaß einstweiliger Verfügungen und nach Beendigung der Wahl durch Wahlanfechtung beheben. Zudem haben die wahlberechtigten Arbeitnehmer nach Ablauf der Anfechtungsfrist die Möglichkeit, die ihrer Meinung nach durch die Wahlbeeinflussung nicht ausreichende Legitimation von Aufsichtsratsmitgliedern durch deren Abberufung zu beenden. Anders als bei der Betriebsratswahl ist weder eine gerichtlich verfügte Ausschliessung noch die Berufung auf die Verletzung von Pflichten des Aufsichtsratsmit-

---

35 Bei den Aufsichtsratswahlen 1978 haben auf Arbeitnehmerseite als Gewerkschaftsvertreter neben hauptamtlichen Gewerkschaftsvertretern Wissenschaftler, Hochschullehrer, Repräsentanten der öffentlichen Hand und der Gemeinwirtschaft kandidiert; vgl. Unterhinninghofen, Aufsichtsratswahl 1978; Erfolg und Probleme, Gewerkschaftliche Monatshefte 78, 654, 659.

36 Nach Unterhinninghofen, Aufsichtsratswahl 1978: Erfolg und Probleme, Gewerkschaftliche Monatshefte 78, 659 hat der DGB interne Richtlinien ausgearbeitet, als Gewerkschaftsvertreter nur außerbetriebliche Kandidaten im Sinn der Montan-Mitbestimmung aufzustellen.

glieds während seiner Amtszeit erforderlich. Durch die nicht begründungspflichtige Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer wird meines Erachtens im Gegensatz zum Betriebsverfassungsgesetz eine über die Anfechtungsfrist hinausgehende Berücksichtigung von schwersten Wahlmängeln, die aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zur Nichtigkeit führen sollen, ermöglicht.

2. Die vorzeitige Öffnung der Wahlurne in Verbindung mit nicht öffentlicher Stimmauszählung soll bei der Betriebsratswahl zur Nichtigkeit führen[37]. Für den Bereich des Mitbestimmungsgesetzes ist die Annahme eines Nichtigkeitsgrundes nicht angezeigt. Dies jedenfalls dann nicht, wenn der Verstoß nur in einem Betrieb vorkommt. Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz haben eine Anzahl von Kontrollmöglichkeiten des Wahlvorstandes eingefügt[38]. So stehen die Betriebswahlvorstände unter der Leitung und Aufsicht des Unternehmenswahlvorstandes[39]. Durch die Vorschriften der Wahlordnung ergibt sich die Möglichkeit der Kenntnisnahme eines Verstoßes. Aus Rechtssicherheitsgründen ist es nicht erforderlich, einen Nichtigkeitsgrund anzunehmen.

Die Wahlanfechtung wird im übrigen für denjenigen naheliegen und ist ihm auch zumutbar, dem etwa der Zutritt zur öffentlichen Stimmauszählung verwehrt worden ist. Die Aufstellung der Wählerliste durch den Wahlvorstand wird, nicht zuletzt wegen der für die Betroffenen bestehenden Rechtsbehelfe des Einspruchs und des Änderungsverlangens[40], deren besondere Beachtung finden. So dürfte auch die Befürchtung, daß verborgene Fehler es den Wahlanfechtungsberechtigten unmöglich machen, die Wahl rechtzeitig anzufechten, unwahrscheinlich sein. Aus Rechtssicherheitsgründen erscheint es jedenfalls nicht geboten, einen Nichtigkeitsgrund dann anzunehmen, wenn ein Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften verborgen geblieben ist[40a].

3. Der verschiedentlich genannte Nichtigkeitsgrund[41] der Wahl eines zweiten Repräsentativorgans der Arbeitnehmer während der Amtszeit des ersten ist bereits oben beim Nichtigkeitsgrund entsprechend § 250 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 4

37 ArbG Bochum, DB 72, 1730.

38 In Unternehmen mit mehreren Betrieben erfolgt zunächst eine Dezentralisierung dadurch, daß für die Auszählung der Stimmen in den einzelnen Betrieben die dortigen Betriebsratswahlvorstände zuständig sind. Die Feststellung des Gesamtstimmenergebnisses obliegt aber dem Unternehmenswahlvorstand.

39 § 3 Abs. 2 2. Wahlordnung; § 3 Abs. 3 3. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz; § 2 Abs. 2 Wahlordnung Mitbestimmungsergänzungsgesetz; § 39 Abs. 1 Wahlordnung Betriebsverfassungsgesetz 52. Umstritten ist, wie weit die Richtlinienkompetenz der höherstufigen Wahlvorstände geht: vgl. Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, vor § 9 Rz. 4 mit weiteren Nachweisen.

40 §§ 10, 11 1. WO Mitbestimmungsgesetz.

40a Vgl. dazu oben § 3 I 1 b, wo ein solcher Nichtigkeitsgrund der Evidenz entgegengestellt worden war.

41 BAG DB 78, 1452; LAG Frankfurt in ArbRSlg 16, LAG S. 74; Wehr, Anfechtung und Nichtigkeit von Betriebsratswahlen, DB 59, 376, 377; vgl. auch Fitting/Auffarth/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 13 Rz. 15.

Aktiengesetz berücksichtigt[42]. Das gleiche gilt für den denkbaren Nichtigkeitsgrund einer Wahl von Arbeitnehmervertretern in Tendenzunternehmen entgegen der §§ 1 Abs. 4 Mitbestimmungsgesetz bzw. 81 Betriebsverfassungsgesetz[43].

4. Nichtbeachtung der im Gesetz vorgeschriebenen Wahlart

Gemäß § 9 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz ist die gesetzliche Wahlart eines Unternehmens mit in der Regel mehr als 8 000 Arbeitnehmern die mittelbare Wahl[44]. Werden in der Regel in dem Unternehmen weniger als 8 000 Arbeitnehmer beschäftigt, so ist nach § 9 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz die unmittelbare Wahl vorgesehen. Beidesmal kann durch Beschluß der wahlberechtigten Arbeitnehmer die jeweils andere Wahlart für das Unternehmen verbindlich gemacht werden (§ 9 Abs. 1 2. Halbsatz; § 9 Abs. 2 2. Halbsatz).

Der Wahlvorstand muß bekanntgeben, welche Wahlart die gesetzliche ist[45]. Dabei muß er ermitteln, ob die regelmäßige Beschäftigtenzahl über oder unter 8 000 Arbeitnehmern liegt. Bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahl ist der Wahlvorstand nicht an die Zahlen der Unternehmensleitung gebunden[46].

Hierbei können ihm Fehler unterlaufen, etwa welche Arbeitnehmer mitzuzählen sind[47], insbesondere welche Beschäftigten welcher Betriebe und Unternehmen an der Wahl teilnehmen[48]. Soweit der Wahlvorstand aufgrund einer fehler-

---

42 Nichtigkeitsgrund § 4 I 2 b; vgl. auch Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 36 Anmerkung 2.

43 Vgl. oben § 4 I 2 Fußnote 13.

44 Gesetzliche Wahlart im Bereich des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes ist ebenfalls die mittelbare Wahl, § 6 Abs. 2 Mitbestimmungsergänzungsgesetz. Anders §§ 76 ff Betriebsverfassungsgesetz 52, wo nur bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat der herrschenden Gesellschaft die Arbeitnehmer aus den Konzernunternehmen ihrer Aufsichtsratsmitglieder durch mittelbare Wahl – also durch Wahlmänner – bestimmen lassen können, § 76 Abs. 4 Satz 2 Betriebsverfassungsgesetz 52.

45 Vgl. § 12 1. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz; § 13 2. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz; § 14 3. Wahlordnung Mitbestimmungsgesetz.

46 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 9 Rz. 15; Westerath in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 9 Rz. 11. Durch das Merkmal „in der Regel" sollte darauf verzichtet werden, einen Stichzeitpunkt zu bestimmen, um nicht bei schwankenden Beschäftigtenzahlen ein zufälliges Ergebnis zu erhalten. Zwar wird vor allem durch die Einschätzung auch der künftigen Beschäftigtenzahl (Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 26) dem Wahlvorstand ein nicht unerheblicher Spielraum belassen. Soweit diese Einschätzungsprärogative des Wahlvorstandes reicht, verbietet sich auch eine gerichtliche Überprüfung. Der Wahlvorstand ist aber nicht davon befreit, die zum Stichzeitpunkt der Bekanntmachung über die gesetzliche Wahlart vorhandene Arbeitnehmerzahl richtig zu berechnen.

47 Vgl. Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 1 Rz. 20; zu der Frage, ob beim Konzern im Konzern die Arbeitnehmer der Tochter- und Enkelgesellschaften der Zwischenobergesellschaft auch zum Aufsichtsrat dieser Zwischenobergesellschaft wählen oder nur zum Aufsichtsrat der Obergesellschaft, OLG Düsseldorf, DB 79, 699.

48 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 9 Rz. 15.

haften Berechnung die gesetzliche Wahlart falsch bekanntmacht, soll eine entsprechend dieser Bekanntmachung durchgeführte Wahl nichtig sein[49].

Richtigerweise ist jedoch nur ein Anfechtungsgrund anzunehmen[50].

Neben den Rechtssicherheitsbedenken, die gegen die Annahme weiterer als der oben aufgeführten Nichtigkeitsgründe sprechen, erscheint ein Verstoß in diesem Fall auch nicht so bedeutsam, daß er die Nichtigkeit der Wahl nach sich ziehen müßte. Dabei ist zu beachten, daß der Gesetzgeber beide Wahlarten zuläßt und die wahlberechtigte Arbeitnehmerschaft durch Abstimmung von der gesetzlich vorgesehenen Wahlart abweichen kann[51]. Die in das Belieben der Arbeitnehmer gestellte Austauschbarkeit zeigt, daß ein Verstoß gegen die vorgesehene Wahlart als nicht so gravierend angesehen werden muß, daß dadurch die gesamte Wahl nichtig ist[52].

---

49 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Anmerkung 48 und § 22 Anmerkung 47; Kötter, Kommentar zum Mitbestimmungsergänzungsgesetz, § 6 Anmerkung 3 nimmt für den Bereich des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes einen Nichtigkeitsgrund an, wenn anstelle der in § 6 Abs. 2 Mitbestimmungsergänzungsgesetz vorgesehenen Wahlmännerwahl eine direkte Wahl durch eine Betriebsversammlung vorgenommen wird. Dem dürfte nur zuzustimmen sein, wenn dies in der Form einer Akklamationswahl geschieht; vgl. hierzu oben § 4 V FN 7 mit weiteren Nachweisen.

50 So auch Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 44; es stellt dann einen Verstoß gegen das Prinzip der Betriebsnähe dar, vgl. Bericht des 11. Ausschusses, BT-Drucksache 7/4845, S. 6, wenn in einem kleinen Unternehmen durch mittelbare Wahl gewählt wird.

51 Näher zu den Wahlarten Höchel, Die Wahlmänner im Mitbestimmungsgesetz, 1976, S. 28 ff.

52 Es wird nicht in jedem Fall ein Anfechtungsgrund anzunehmen sein. Macht etwa der Wahlvorstand eine falsche Wahlart bekannt, wird aber ein zulässiger Antrag auf Wechsel der Wahlart gestellt und beteiligt sich mindestens die Hälfte der wahlberechtigten Arbeitnehmer an der Abstimmung, so fehlt es an einem Anfechtungsgrund, wenn die Mehrheit der abgegebenen Stimmen sich für die Beibehaltung der fälschlicherweise angenommenen gesetzlichen Wahlart ausspricht. Denn insoweit hat die in § 9 Abs. 3 Mitbestimmungsgesetz erforderliche Mehrheit in Wirklichkeit einen Wechsel in Bezug auf die richtige (gesetzliche) Wahlart beschlossen. Entscheidend kann nur sein, daß überhaupt auf einen zulässigen Antrag hin eine Abstimmung über die Wahlart erfolgt ist. Fehlt es an einem ordnungsgemäßen Antrag, wird überhaupt kein Antrag gestellt oder wird eine Beteiligung von mindestens der Hälfte der wahlberechtigten Arbeitnehmer nicht erreicht, so ist ein Anfechtungsgrund gegeben. Die Beteiligung von weniger als 50% der wahlberechtigten Arbeitnehmer schafft nach der gesetzlichen Vorschrift keine genügende Legitimation für ein Abweichen von der gesetzlichen Wahlart.

§ 5
Feststellung der Nichtigkeit der Wahl

Nach allgemeiner Meinung ist die Feststellung der Nichtigkeit einer Aufsichtsratswahl in einem isolierten Beschlußverfahren vor den Arbeitsgerichten möglich[1]. Trotz Fehlens einer gesetzlichen Regelung ist man sich einig, daß bei Vorliegen von Nichtigkeit die Aufsichtsratswahl von Anfang an unwirksam ist. Dies steht im Einklang mit der zivilrechtlichen Dogmatik[2], die einem nichtigen Rechtsgeschäft die intendierten Rechtsfolgen von Anfang an versagt[3].

Die Feststellung der Nichtigkeit soll von jedermann begehrt werden können. Sie kann auch in jedem anderen Prozeß als Vorfrage entschieden werden. Ein besonderes Nichtigkeitsverfahren soll nicht gelten[4]. Dies würde bedeuten, daß die Rechtskraft eines die Nichtigkeit der Wahl feststellenden Beschlusses nach allgemeinen Grundsätzen nur zwischen Antragsteller und Antragsgegner wirkt[5]. Im Gegensatz dazu stellt der einer Anfechtung der Wahl stattgebende Beschluß mit Wirkung für und gegen alle die Unwirksamkeit der Wahl fest[6].

Damit können sich Unterschiede zur Rechtslage bei der Feststellung der Nichtigkeit der Wahl der Anteilseigner ergeben. Dies betrifft insbesondere die Grenzen der subjektiven Rechtskraft einer die Nichtigkeit aussprechenden Entscheidung und das Feststellungsinteresse als Voraussetzung einer Nichtigkeitsfeststellung.

I. Die aktienrechtliche Nichtigkeitsklage

Für die Wahl der Anteilseigner lassen sich die folgenden Grundsätze skizzieren:

Das Aktiengesetz sieht in § 250 ein Nichtigkeitsfeststellungsverfahren vor. Streitgegenstand ist die Feststellung der Nichtigkeit der Wahl. Neben diesem isolierten Feststellungsverfahren ist die Geltendmachung der Nichtigkeit in anderer

1 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 14; Raiser, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 21; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 46; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 37.

2 Vgl. dazu oben Einleitung.

3 Vgl. § 108 1. Entwurf eines BGB, wo es heißt: „Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkung so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre." Vgl. neuerdings die Kritik an der Denkform Nichtigkeit bei Hübner, Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften, in Festschrift für Franz Wieacker, 1978, S. 399 ff.

4 Vgl. Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 9.

5 Vgl. Grunsky, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, § 80 Rz. 50.

6 Vgl. etwa Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 36.

Weise möglich (§ 250 Abs. 3 Aktiengesetz). Das Nichtigkeitsfeststellungsverfahren kann nur von bestimmten Personen betrieben werden. Ein stattgebendes Urteil hat nach § 252 Aktiengesetz Wirkung nicht nur zwischen den Parteien, sondern auch für und gegen alle Aktionäre und Arbeitnehmer der Gesellschaft sowie die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrates, die in § 250 Abs. 2 genannten Organisationen und Vertretungen der Arbeitnehmer. Darüber hinaus wird sogar die inter-omnes-Wirkung des Urteils angenommen[7]. Dem Nichtigkeitsurteil kommt dabei eine Quasi-Gestaltungswirkung zu. Man nimmt an, daß die Reichweite des Nichtigkeitsurteils nicht geringer sein könne als die einer der Anfechtung der Wahl stattgebenden Entscheidung. Dort wird mit Rechtskraft des Urteils die Rechtslage mit Wirkung für und gegen alle gestaltet. Folgerungen hieraus sind, daß der Streitgegenstand von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage als identisch angesehen wird. Die Wirkungen beider Urteile sind gleich. Mit Rechtskraft der Urteile gilt, daß die Wahlen von Anfang an nichtig waren[8].

Dieses zunächst sonderbare Prinzip der „Anfechtung" einer nichtigen Wahl läßt sich auf Rechtssicherheitsgründe zurückführen. Dies wird deutlich in der inter-omnes-Wirkung der Nichtigkeitsfeststellung, korrespondiert aber auch mit der eingeschränkten Befugnis, ein Nichtigkeitsfeststellungsverfahren zu betreiben[9].

Die sich aus dem Gedanken der Rechtssicherheit ergebende Erkenntnis lautet, daß eine Entscheidung über eine Nichtigkeitsklage nicht nur zwischen den Parteien wirken darf; es würde ansonsten eine viel zu große Unsicherheit in das Rechtsleben der Gesellschaft hineingetragen. Sofern es dagegen um die Nichtigkeit einer Wahl als Vorfrage in einem anderen Prozeß geht, ist diese Wirkung nicht erforderlich. Die Vorfrage selbst unterliegt möglicherweise nicht einmal der Rechtskraft.

Im Verfahren über die Nichtigkeitsklage treten dieselben Folgen ein, wie wenn die Wahl fristgemäß angefochten wurde[10]. Diese Wirkung erfordert aber auch einen umgrenzten Kreis von Berechtigten, die ein solches Verfahren einleiten können.

Im Aktiengesetz wird von einer eigenen Antragsbefugnis für das Nichtigkeitsfeststellungsverfahren ausgegangen. Der Kreis ist weiter gezogen worden als bei

---

7 Zur inter-omnes-Wirkung eines Urteils, das die Nichtigkeit der Wahl feststellt, Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 252 Rz. 6; ders. in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 249 Rn. 41; Schilling in Großkommentar zum Aktiengesetz, § 249 Anmerkung 7; a.M.: Godin/Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz, § 249 Anmerkung 4.

8 Dazu eingehend K. Schmidt, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, AG 77, 205 ff und ders. in Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 45 Rz. 42 ff.

9 Klar K. Schmidt, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, AG 77, 205 ff (244): „Nichtigkeit kann zwar, solange sie nicht geheilt ist, von jedermann in jedem Verfahren geltend gemacht werden, jedoch entscheidet die Anfechtungsbefugnis darüber, wer sie mit Wirkung gegen alle feststellen lassen kann."

10 A. Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften, S. 245 spricht von dem Prinzip der Anfechtungswirkung für Nichtigkeits- und Anfechtungsurteile.

der Anfechtungsklage. Er umfaßt insbesondere auch Organisationen und Vertretungen der Arbeitnehmerseite.

II. „Kassatorischer Nichtigkeitsantrag"[11] der Wahl der Arbeitnehmervertreter?

Es erscheint nun aus – im übrigen identischen – Rechtssicherheitsgründen sinnvoll, auch bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter ein spezielles kassatorisches Nichtigkeitsverfahren zuzulassen und mit den oben geschilderten Wirkungen auszustatten. Auch bei der Wahl der Arbeitnehmerseite besteht ein erhebliches Interesse, verbindlich zu klären, ob die Arbeitnehmervertreter nichtig in den Aufsichtsrat gewählt wurden. Insbesondere erfordern die Fernwirkungen einer nichtigen Aufsichtsratswahl Rechtsklarheit. Wird in einem kassatorischen Nichtigkeitsverfahren ausgesprochen, daß die Wahl nichtig ist, so liegt eine eigens in einem spezialisierten Verfahren zustandegekommene Entscheidung vor, die von den Beteiligten zugrundegelegt werden kann. Daß eine gesetzliche Normierung fehlt, steht einem speziellen kassatorischen Nichtigkeitsverfahren nicht entgegen. Das Verfahren folgt dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren. Die Antragsbefugnis richtet sich dabei – wie auch sonst – danach, ob geltend gemacht werden kann, daß die Wahl nichtig ist. Enger gefaßt ist lediglich das Rechtsschutzinteresse, das der Antragsteller an der Durchführung dieses Verfahrens haben muß. Wegen der besonderen Wirkung, die einem Gestaltungsurteil entspricht, liegt dieses Rechtsschutzinteresse nicht bei jedem vor, der behauptet, die Wahl sei nichtig. Hier ist eine im Einzelfall spezielle Prüfung erforderlich.

Die Gestaltungswirkung ergibt sich aus dem speziellen Rechtsschutzziel, das auf die Anfechtungswirkung gerichtet ist. Nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt der Antragsteller durch seinen Antrag den Streitgegenstand des Verfahrens[12]. Er kann damit insbesondere bestimmen, welche Fragen er von dem Gericht klären lassen will.

Die Möglichkeit eines solchen kassatorischen Verfahrens ist in erweiternder Auslegung allgemeiner Grundsätze des Rechts der fehlerhaften Beschlüsse zu entnehmen. Anhand des Aktienrechtes ist eine verallgemeinerungsfähige Typologie der Unwirksamkeit von (Wahl-)Beschlüssen entwickelt worden[13]. Anwendung finden diese Grundsätze auch ohne gesetzliche Rechtsgrundlage in anderen Rechtsgebieten[14,15].

11 Die Terminologie ist im Anschluß an K. Schmidt in Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 45 Rz. 91 ff gewählt.

12 Ausführlicher dazu BAG AP Nr. 4 zu § 94 ArbGG 53 mit Anmerkung Zöllner, BAGE 25, 242 = AP Nr. 2 zu § 2 Betriebsverfassungsgesetz 1972.

13 Vgl. K. Schmidt, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, AG 77, 205, 206.

14 Vgl. jedoch auch Dütz in Anmerkung zu BAG SAE 78, 1 ff (4 f), der die Unterscheidung trifft zwischen Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Betriebsratswahl, wenn Nichtigkeit behauptet wird, und dem Antrag, die Wahl für unwirksam zu erklären, wenn die Anfechtung geltend gemacht wird.

Die arbeitsrechtliche Dogmatik hat im Hinblick auf diese Fortentwicklung wichtige Grundsteine gelegt. So ist man bei der Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Wahl frühzeitig von einem einheitlichen Streitgegenstand in Bezug auf Anfechtung und Nichtigkeit ausgegangen[16], wenn im Rahmen einer Wahlanfechtung auch Nichtigkeitsgründe untersucht wurden[17]. Da auch im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren der Antragsteller den Streitgegenstand bestimmt, hätten die Gerichte von sich aus eine solche Prüfung nicht vornehmen können, wenn sie nicht von einem einheitlichen Streitgegenstand ausgegangen wären. Es erscheint nun aber sinnvoll, daß dann, wenn der Antragsteller eine Gestaltungswirkung durch seine Anfechtung will, er sie auch dann erreicht, wenn das Gericht bereits vom Vorliegen von Nichtigkeitsgründen ausgeht und die Nichtigkeit der Wahl feststellt[18]. Insoweit unterscheidet sich die Interessenlage auch nicht von der im Aktiengesetz mit ihrer ausdrücklichen Normierung.

Es sprechen zudem auch praktische Gründe für ein solches kassatorisches Verfahren. Die Gefahr divergierender Entscheidungen wird bei der großen Rechtsschutzbedürftigkeit vermieden. Die Beteiligung der in § 83 Abs. 3 ArbGG genannten Personen und Stellen sorgt dafür, daß durch umfassende Aufklärung des Gerichts eine erhöhte Richtigkeitsgewähr des Beschlusses eintreten kann[19].

Es gibt somit im Bereich der Mitbestimmungsgesetze zweierlei Art von Nichtigkeit: Die von selbst eintretende Nichtigkeit, wenn ein Nichtigkeitsgrund vor-

---

15 Vgl. auch § 60 des Österreichischen Arbeitsverfassungsgesetzes, zitiert oben in § 3 I 2, der die Normierung eines isolierten Nichtigkeitsfeststellungsverfahrens enthält.

16 Vgl. die Parallelentwicklung im Aktienrecht. Nach BGH NJW 52, 98 umfaßt der Anfechtungsantrag auch den Nichtigkeitsantrag. Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 249 Rz. 26 hat herausgearbeitet, daß der Streitgegenstand von Nichtigkeits- und Anfechtungsklage identisch ist: „Beiden Klagen liegt der gleiche Tatsachenkomplex, die Mangelhaftigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses, zugrunde, ihre Anträge sind als austauschbar anzusehen." So jetzt auch K. Schmidt, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, AG 77, 205 ff (245); ders., Zum Streitgegenstand von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen im Gesellschaftsrecht, JZ 77, 769; Schilling in Hachenburg, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Anhang zu § 47 Rz. 190.

17 BAGE 15, 235 (236) = AP Nr. 6 zu § 3 Betriebsverfassungsgesetz. Auch für den umgekehrten Fall hat das BAG entschieden, daß der Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit der Wahl auch den Anfechtungsantrag enthalte, BAG AP Nr. 1 zu § 8 Betriebsverfassungsgesetz 72 = SAE 1978, 1 mit zustimmender Anmerkung von Dütz, SAE 78, 5.

18 Zum selben Ergebnis, allerdings ohne nähere Begründung, kommen Dietz/Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 19 Rz. 58, wenn es dort heißt: „Wird über die Nichtigkeit der Wahl des Betriebsrates oder eines Betriebsratsmitgliedes ein Beschlußverfahren eingeleitet, so wirkt die Rechtskraft der Entscheidung des Arbeitsgerichtes für und gegen alle; es gilt hier gleiches wie bei der Wahlanfechtung, obwohl die Entscheidung keine konstitutive, sondern nur deklaratorische Bedeutung hat."

19 Denkbar wäre es, zu einer umfassenden Rechtskrafterstreckung dadurch zu kommen, daß das Gericht sämtlichen Betroffenen, darunter auch den Aktionären, die Möglichkeit gibt, sich an dem Verfahren zu beteiligen. Allerdings wird es für die Frage der Rechtskraft nicht darauf ankommen können, ob alle Beteiligten tatsächlich gehört wurden. A.A.: Grunsky, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, § 83 Rz. 20.

liegt, und Nichtigkeit dann, wenn die Nichtigkeit der Wahl rechtskräftig festgestellt ist[20].

Die folgenden Ausführungen über Zuständigkeit, Feststellungsinteresse und inter-omnes-Wirkung gelten für das kassatorische Nichtigkeitsverfahren[21].

1. Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bei Verfahren über kassatorische Anträge betreffend die Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat

Gemäß § 2a Abs. 1 Nr. 2 ArbGG entscheiden die Arbeitsgerichte im Beschlußverfahren über Angelegenheiten aus dem Mitbestimmungsgesetz[22], soweit es um die Wahl von Vertretern der Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat und über ihre Abberufung mit Ausnahme der Abberufung nach § 103 Abs. 2 Aktiengesetz geht[23]. Steht die Anfechtung der Wahl in Frage, haben §§ 21, 22 Mitbestimmungsgesetz ausdrücklich die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts normiert. Aber auch die Feststellung der Nichtigkeit der Wahl gehört vor die Arbeitsgerichte[24].

Da im Betriebsverfassungsrecht das Rechtsschutzbegehren von den Arbeitsgerichten bei der Anfechtung einer Wahl weit ausgelegt und auch eine Überprüfung auf Nichtigkeitsgründe zugelassen wird[25], gehört ein Antrag, der auf eine kassatorische Entscheidung durch Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen zielt, ebenfalls in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte. Auch für das Mitbestimmungsgesetz wird vertreten, daß sich der Prüfungsumfang bei der Anfechtung der Wahl auch auf Nichtigkeitsgründe erstrecke[26]. Es ist daher auch für den Bereich der Mitbestimmungsgesetze davon auszugehen, daß ein kassatorischer Nichtigkeitsantrag vor den Arbeitsgerichten zu erfolgen hat. Daneben ist jedoch auch in anderen Verfahren die inzidente Feststellung der Nichtigkeit der Wahl möglich, sofern dort die Gültigkeit der Wahl als Vorfrage bedeutsam ist[27].

---

20 Vgl. zu dieser grundlegenden Unterscheidung allgemein zum Beschlußrecht: K. Schmidt, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, AG 77, 205 (209).

21 Daneben kann über die Nichtigkeit der Wahl auch als Vorfrage in einem anderen Prozeß inzident entschieden werden.

22 Sowie Angelegenheiten aus dem Betriebsverfassungsgesetz 1952.

23 Die Geltendmachung der Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsänderungsgesetz soll ebenfalls vor dem Arbeitsgericht möglich sein; vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 45 und 10.

24 Allgemeine Meinung, allerdings häufig unter Heranziehung der Entscheidung BAG AP Nr. 2 zu § 76 Betriebsverfassungsgesetz 52. Dort ging es aber nicht um die Feststelllung einer nichtigen Wahl, sondern um die Feststellung des richtigen Wahlergebnisses.

25 Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 19 Betriebsverfassungsgesetz 72.

26 Matthes in Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 90; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 36.

27 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 14.

2. Antragsbefugnis und Rechtsschutzinteresse

Im Beschlußverfahren vor den Arbeitsgerichten ist jeder antragsbefugt, der behauptet, daß ihm eines der in § 2 a ArbGG aufgeführten Rechte zusteht[28]. In bestimmten Fällen ist die Antragsbefugnis gesetzlich geregelt. So können im Wahlanfechtungsverfahren nach dem Mitbestimmungsgesetz nur drei wahlberechtigte Arbeitnehmer des Unternehmens, der Gesamtbetriebsrat des Unternehmens bzw. der Konzernbetriebsrat, die vorschlagsberechtigte Gewerkschaft und das zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugte Organ Anträge stellen. Die Antragsbefugnis kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob das materielle Recht ein Antragsrecht „eindeutig" vorsieht[29]. Entscheidend ist vielmehr, daß eine Person oder Institution geltend macht, durch das Verfahren werde eine ihr zustehende (betriebsverfassungsrechtliche) Position berührt[29a].

Der Antragsteller muß daneben auch ein Rechtsschutzinteresse an der kassatorischen Wirkung eines die Nichtigkeit der Wahl aussprechenden Beschlusses haben. Für die Nichtigkeitsklage nach dem Aktienrecht wird auch von dem Erfordernis eines besonderen Rechtsschutzinteresses ausgegangen[30], das allerdings bei den in § 249 Abs. 1 Aktiengesetz genannten Klägern grundsätzlich vorliegen soll. Die fehlende gesetzliche Normierung eines Nichtigkeitsverfahrens in den Mitbestimmungsgesetzen bedingt eine besondere Prüfung. Das Interesse muß im Zusammenhang mit der Gestaltungswirkung des isolierten Nichtigkeitsfeststellungsverfahrens gesehen werden.

a) Rechtsschutzinteresse auf Arbeitnehmerseite

Diejenigen, die ein Wahlanfechtungsrecht[30a] haben, können danach auch einen Nichtigkeitsantrag stellen. Sie können behaupten, daß durch eine mögliche Gesetzesverletzung ihre mitbestimmungsrechtliche Position betroffen ist. Fraglich könnte es sein, ob auch einzelne Arbeitnehmer ein Rechtsschutzinteresse an einem kassatorischen Nichtigkeitsbeschluß haben. Das Schrifttum bejaht diese Frage[31], wobei allerdings unklar bleibt, ob von den hier beschriebenen Wirkungen des Beschlusses ausgegangen wird.

---

28 Grunsky, Kommentar zum ArbGG, § 80 Rz. 29.

29 So aber für die Frage der Antragsbefugnis der Gewerkschaften in betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten: BAG AP Nr. 8 zu § 118 Betriebsverfassungsgesetz 72.

29a So Dütz in Anmerkung zu BAG AP Nr. 8 zu § 118 Betriebsverfassungsgesetz 1972.

30 So auch Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 50 und § 249 Rz. 20.

30a Als anfechtungsberechtigt bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat nach dem BetrVG 52 wird jetzt auch der Betriebsrat bzw. Gesamtbetriebsrat angesehen, BAG DB 82, 961.

31 Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 14; Dietz/Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 19 Anmerkung 57; Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 21 Rz. 37.

Ich möchte im Ergebnis ein Interesse an einer kassatorischen Entscheidung bejahen. Die Legitimationsgrundlage für die Repräsentation des einzelnen Arbeitnehmers durch die Vertreter im Aufsichtsrat ist für diesen von vitalem Interesse, da durch die Aufsichtsratsmitglieder in seiner Vertretung Entscheidungen mitgetroffen werden, die in seine Interessensphäre eingreifen. Allerdings wird ein solches Interesse nur dem wahlberechtigten Arbeitnehmer zukommen, da ein nicht Wahlberechtigter die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch eine Stimmabgabe gar nicht hätte beeinflussen können.

Dem Ergebnis steht nicht entgegen, daß zur Anfechtung der Wahl nur drei wahlberechtigte Arbeitnehmer befugt sind. Dies liegt darin begründet, daß im Interesse der Rechtssicherheit Wahlanfechtungen zurückgedrängt werden sollen. Bei der Behauptung der oben dargelegten Mängel trifft dieser Gedanke nicht zu. Freilich ist das Gericht bei der Antragstellung durch einen einzelnen Arbeitnehmer daran gehindert, die Wahl auch auf Anfechtungsgründe hin zu untersuchen.

Bei der Geltendmachung der Nichtigkeit der Wahl der Anteilseignervertreter ist umstritten, ob den einzelnen Arbeitnehmern ein Rechtsschutzinteresse zuzubilligen ist. Hier wird im Hinblick auf eine fehlende unmittelbare Wirkung einer fehlerhaften Aufsichtsratsbestellung der Anteilseigner für die einzelnen Arbeitnehmer angenommen, daß ein solches Interesse nicht besteht[32]. Bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter muß jedoch anders entschieden werden, da hier die Überprüfung der Legitimation der eigenen Vertreter hinzukommt.

Fraglich ist, inwieweit neben den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften auch deren Spitzenorganisationen ein Antragsrecht zusteht[33]. Hier scheint § 250 Abs. 2 Aktiengesetz einen über das Mitbestimmungsgesetz hinausgehenden Gedanken zu enthalten. Wenn die Spitzenorganisationen als befugt angesehen werden, eine Nichtigkeitsklage gegen einen Wahlbeschluß zu erheben[34], so ist kein Grund ersichtlich, diesen nicht auch ein Rechtsschutzinteresse bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter zuzubilligen. Zudem zeigt ein Vergleich mit dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz, daß dort den Spitzenorganisationen gemäß § 8 Abs. 2 ein Anfechtungsrecht zuerkannt wird[35].

b) Anfechtungsbefugnis auf Anteilseignerseite

Martens[36] vertritt die Auffassung, daß auch den Kapitaleignern - einzelnen

32 Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 53 und § 252 Rz. 5.

33 Nach dem Mitbestimmungsgesetz steht den Spitzenorganisationen ein Anfechtungsrecht nicht zu; siehe die abschließende Aufzählung in § 22 Mitbestimmungsgesetz.

34 Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 52.

35 Der Unterschied zu § 22 Mitbestimmungsgesetz dürfte allerdings darauf beruhen, daß bei der Entsendung von Gewerkschaftsvertretern in den Aufsichtsrat die Spitzenorganisation gemäß § 7 Mitbestimmungsergänzungsgesetz zu beteiligen sind. Eine solche unmittelbare Beteiligung steht den Spitzenorganisationen im Bereich des Mitbestimmungsgesetzes nicht zu; vgl. § 16 Mitbestimmungsgesetz.

36 Mitbestimmungsrecht und Prozeßrecht, ZGR 77, 385, 393.

Aktionären – die Antragsbefugnis zustehen soll. Er folgert dies aus der umgekehrten Situation bei der Feststellungsklage auf Nichtigkeit der Wahl der Anteilseignervertreter, wo für die Arbeitnehmerseite ein Rechtsschutzinteresse für die Nichtigkeitsklage bejaht wird[37]. Das Aktiengesetz habe dabei in § 250 Abs. 2 die Parteifähigkeit von bestimmten Arbeitnehmerorganen bzw. -organisationen geregelt, was sinnlos wäre, wenn nicht die dort genannten Arbeitnehmerorgane und -organisationen eine Feststellungsklage erheben könnten.

Wenn das Aktiengesetz einzelnen Aktionären die Klagebefugnis einräumt, so deshalb, weil der Einzelaktionär ein erhebliches Interesse an einem ordnungsgemäßen und funktionierenden Aufsichtsrat habe. Sofern die Zuständigkeit für die Feststellung der Nichtigkeit der Wahl gespalten sei, so bestehe ein Bedürfnis, die Verfahrensarten insoweit anzugleichen, als die Antragsbefugnisse korreliert werden.

Dagegen hat sich Säcker[38] ausgesprochen. Er nimmt an, daß die Gewährung einer Antragsbefugnis für die Kapitaleigner bei der Feststellung der Nichtigkeit von Wahlakten der Arbeitnehmer eine unzulässige Rechtsfortbildung darstellt. Er hält insbesondere auch die praktischen Schwierigkeiten für groß. Das Arbeitsgericht müsse nämlich sämtliche Aktionäre nach den Grundsätzen des § 83 ArbGG beteiligen.

Ich halte dieses Argument für nicht zutreffend. Jemand, der antragsbefugt ist, muß damit nicht auch zugleich weiterer Verfahrensbeteiligter am Beschlußverfahren sein[39]. Aktionäre werden jedenfalls nicht unmittelbar vom Wortlaut des § 83 Abs. 3 ArbGG erfaßt. Sie sind auch nicht, wie die Vorschrift voraussetzt, an der Wahl der Arbeitnehmervertreter selbst beteiligt.

M. E. können die Aktionärsvertreter auch die Verletzung einer mitbestim-

---

37 Dies betrifft die in § 250 Abs. 2 Aktiengesetz genannten Organe und Organisationen. Allerdings wird teilweise vertreten, daß die genannten Stellen überhaupt kein Feststellungsinteresse an der Feststellung der Nichtigkeit der Wahl der Anteilseignervertreter hätten. § 250 Abs. 2 Aktiengesetz regele nur die Parteifähigkeit, erlaube aber keine Rückschlüsse auf das Feststellungsinteresse; so Rummel, Die Mangelhaftigkeit von Aufsichtsratswahlen der Hauptversammlung nach dem neuen Aktiengesetz, S. 43 ff. Nach anderer Ansicht soll das Feststellunginteresse dann zu bejahen sein, wenn der Aufsichtsrat wenigstens auch mit Vertretern der Arbeitnehmer zusammengesetzt ist; so Baumbach/Hueck, Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Anmerkung 10; Godin/Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Anmerkung 3; Schilling in Großkommentar zum Aktiengesetz, § 250 Anmerkung 10. Richtigerweise wird den genannten Stellen immer ein Rechtsschutzinteresse zustehen. § 250 Abs. 2 Akteingesetz hat keine Differenzierung vorgenommen. Nach der Meinung von Rummel wäre die Regelung der Parteifähigkeit in § 250 Abs. 2 Aktiengesetz sinnlos. Für die im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren geltend zu machende Nichtigkeit ist die Zuerkennung einer Parteifähigkeit in § 250 Abs. 2 Aktiengesetz nicht erforderlich. Hier enthält schon § 10 ArbGG eine weitgehende Regelung. Im Ergebnis ebenso Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 52.

38 Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, S. 33, Fußnote 39.

39 Etzel, Probleme des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens, RdA 74, 215, 225: „Antragsbefugt können auch Personen sein, die in § 83 Abs. 3 ArbGG nicht aufgezählt sind." So auch Grunsky, Kommentar zum Arbeitsgerichtgesetz, § 80 Rz. 29.

mungsrechtlichen Position geltend machen. Ein fehlendes Feststellungsinteresse ergibt sich nicht aus der andersartigen Regelung der Anfechtungsbefugnis.

Aus § 250 Aktiengesetz läßt sich entnehmen, daß eine wechselseitige Antragsbefugnis von Arbeitnehmer- und Anteilseignerseite bei der jeweiligen Nichtigerklärung der Wahlen einer dieser beiden Seiten bestehen soll. Das Interesse der Arbeitnehmerseite an der Nichtigerklärung der Wahl der Anteilseignerseite kann nicht weitergehen als das Interesse der Anteilseigner an der Nichtigkeit der Arbeitnehmerwahl. Vielmehr läßt sich der aktienrechtlichen Regelung entnehmen, daß ein Rechtsschutzinteresse nicht nur dann besteht, wenn der Antragsteller an der Wahl beteiligt war. Ein Grund für eine Differenzierung ist jedenfalls nicht ersichtlich.

c) Dritte, insbesondere Gesellschaftsgläubiger

Diesen steht ein unmittelbares Interesse an der Nichtigerklärung der Wahl nicht zu. Im Regelfall kommt diesen auch bei der Nichtigkeitsklage gegen die Wahl der Anteilseignervertreter keine Klagebefugnis zu[40]. Denkbar wäre jedoch, diesen Dritten eine normale Feststellungsbefugnis zu gewähren, ohne daß damit die Wirkungen des kassatorischen Nichtigkeitsbeschlusses eintreten[41].

3. Die inter-omnes-Wirkung des Beschlusses

Die erfolgreiche Anfechtung der Wahl der Arbeitnehmer wirkt für und gegen alle[42]. Ein kassatorisches Nichtigkeitsverfahren hat in entsprechender Anwendung des § 252 Aktiengesetz die gleichen Wirkungen[43]. Dies müßte sich eigentlich schon daraus ergeben, daß im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren beim Antrag, die Unwirksamkeit der Wahl festzustellen, sowohl Anfechtungs- wie Nichtigkeitsgründe überprüft werden[44]. Der Streitgegenstand eines Nichtigkeitsantrags ist somit identisch mit dem der Anfechtung der Wahl. Wäre nun die Reichweite eines die Nichtigkeit aussprechenden Beschlusses eine andere als die der Anfechtung stattgebende, so würde bei nebeneinander gestellten Anträgen, einmal die Wahl für nichtig zu erklären bzw. die Feststellung zu treffen, daß die Wahl nichtig sei, beiden Anträgen stattgegeben[45]. Es wäre zudem schwer verständlich, hät-

---

40 Vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 250 Rz. 51.
41 In dieser Richtung wohl BGH NJW 66, 1458, 1459 für das GmbH-Recht.
42 Vgl. etwa Fitting/Wlotzke/Wißmann, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rz. 36.
43 Zum selben Ergebnis, aber ohne nähere Begründung, kommen Dietz/Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 19 Rz. 58.
44 Vgl. zur Betriebsratswahl BAGE 15, 235, 236; BAG AP Nr. 2 zu § 19 Betriebsverfassungsgesetz, BAGE 16, 1.
45 Vgl. für das Aktienrecht Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 249 Rz. 40.

te ein die Nichtigkeit feststellender Beschluß geringere Wirkungen als ein aufgrund des Vorliegens weniger schwerwiegender Mängel der Anfechtung stattgebender Beschluß[46]. Schließlich besteht ein einheitliches Interesse der Gesellschaft, nicht nur bei angefochtenen Wahlen von einer eindeutigen Rechtslage ausgehen zu können. Gerade die Nichtigkeit mit ihren weitgehenden Folgen bedarf umso mehr einer klaren Festlegung. Es hieße, auf halbem Wege stehenzubleiben, wenn man aus Gründen der Rechtssicherheit zu einer Umgrenzung der Nichtigkeitsgründe kommen will, die Gesellschaft, ihre Organe und Gesellschaftsgläubiger aber im unklaren läßt, ob nach beantragter Feststellung der Nichtigkeit diese tatsächlich mit Wirkung für und gegen alle gegeben ist.

Die Wirkung der gerichtlichen Entscheidung beschränkt sich daher nicht nur auf Antragsteller und Gesellschaft bzw. deren Organ Aufsichtsrat oder einen am Verfahren beteiligten Dritten[47], sondern erstreckt sich für und gegen alle[48]. Die Wirkung eines der Anfechtung stattgebenden Beschlusses ist das Maß auch für den die Nichtigkeit aussprechenden Beschluß. Die Rechtskraftwirkung tritt demzufolge natürlich auch gegenüber den nach § 83 Abs. 3 ArbGG zu beteiligenden Personen ein, auch wenn eine Beteiligung nicht erfolgte[49].

Wird der Nichtigkeitsantrag abgelehnt, so tritt nach allgemeinen Grundsätzen Rechtskraft nur zwischen den Parteien ein[50].

---

46 Vgl. für das Aktienrecht Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, a.a.O.

47 Vgl. Grunsky, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, § 80 Rz. 50.

48 Vgl. für das österreichische Recht § 60 Arbeitsgerichtsverfassungsgesetz, der die nichtige Betriebsratswahl regelt: „Die Nichtigkeit der Wahl kann bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses jederzeit auch durch Antrag auf Feststellung beim Einigungsamt geltend gemacht werden. Die Entscheidung des Einigungsamtes über die Nichtigkeit hat bindende Wirkung."

49 Zu den sich hieraus ergebenden Problemen des Rechtsschutzes Dritter: K. Schmidt, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, AG 77, 205, 209. Der Fragenkreis ist äußerst umstritten. Teilweise wird diskutiert, daß eine „Gestaltungswirkung" voraussetze, daß Dritte, auf die sie sich auch bezieht, an dem Verfahren beteiligt werden; vgl. Schlosser, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 160 ff; Zeuner, Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen, S. 24 ff.

50 Vgl. für das Aktienrecht Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 252 Rz. 18; für das GmbH-Recht Schilling/Zutt in Hachenburg, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Anhang zu § 47 Rz. 171.

Literaturverzeichnis

Ballerstedt, Kurt: Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht. ZGR 77, 133.

Barz: Großkommentar zum Aktiengesetz. Bearbeitet von Barz, Brönner, Klug, Mellerowicz, Meyer-Landrut, Schilling, Wiedemann, Würdinger. 3. Aufl. 1973–75; zitiert: Bearbeiter in . . .

Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred/Hueck, Götz/Schultze-Osterloh, Joachim: Kurzkommentar zum Aktiengesetz. 13. Aufl. 1968.

Beuthien, Volker: Erweiterte wirtschaftliche Mitbestimmung durch Tarifvertrag? Juristische Analysen 1970, 130.

Biedenkopf, Kurt/Säcker, Franz-Jürgen: Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Versorgungsunternehmen. ZfA 71, 211.

Boldt, Gerhard: Mitbestimmungsergänzungsgesetz. Kommentar 1957.

Canaris, Claus-Wilhelm: Mitbestimmungsgesetz und innergesellschaftliche Organisationsautonomie der Aktiengesellschaft. DB 81, Beilage Nr. 14, 81.

Claussen, Carsten P.: Das Recht der Aufsichtsratswahl im Schnittpunkt der Fraktionen. AG 71, 385.

Däubler, Wolfgang: Das Grundrecht auf Mitbestimmung. 1973.

Dietz, Rolf/Richardi, Reinhard: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnungen. 5. Aufl. 1973.

Duden, Konrad: Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz. ZHR 141 (1977), 145.

Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans C.: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 15. Aufl. Bd. I 1959; Bd. II 1960.

Erle, Horst: Die Vorschläge zur Wahl des Aufsichtsrats nach dem Mitbestimmungsgesetz und nach dem Aktiengesetz. AG 70, 31.

Etzel, Gerhard: Probleme des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens. RdA 74, 215.

Fabricius, Fritz: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz. Bearbeitet von Fabricius, Kraft, Thiele und Wiese. 2. Bearbeitung 1979, 80; zitiert: Bearbeiter in . . .

Fabricius, Fritz: Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz. Bearbeitet von Fabricius, Matthes, Naendrup, Rumpff, Schneider und Westerath, 1976; zitiert: Bearbeiter in . . .

Farthmann, Friedhelm: Zur Einführung der qualifizierten Mitbestimmung in den gewerkschaftseigenen Unternehmen. AG 69, 205.

Fitting, Karl/Auffarth, Fritz/Kaiser, Heinrich: Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar. 13. Aufl. 1981

Fitting, Eckhardt: AR-Blattei, D-Mitbestimmung der Arbeitnehmer.

Fitting, Karl/Wlotzke, Otfried/Wißmann, Hellmut: Mitbestimmungsgesetz, Kommentar. 2. Aufl. 1978.

Flatow, Georg/Kahn-Freund, Otto: Kommentar zum Betriebsrätegesetz. 13. Aufl. 1931.

Floretta, Hans/Strasser, Rudolf: Arbeitsverfassungsgesetz, Kurzkommentar. Wien 1974.

Frey, Helmut: Die Rechtsnatur der Belegschaft und des Betriebsrats. RdA 60, 89.

Galperin, Hans/Siebert, Wolfgang: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz. 4. Aufl. §§ 1–52, 1963.

Geßler, Ernst: Vollständigkeit und Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrats im Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen (Westzonen). BB 51, 942.

Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckardt, Ulrich/Kropff, Bruno: Kommentar zum Aktiengesetz, 1973.

Godin, Frhr. von/Wilhelmi, Hans: Kommentar zum Aktiengesetz. 4. Aufl. 1971.
Grunsky, Wolfgang: Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar. 4. Aufl. 1982.
Hachenburg: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Großkommentar. 2. Band, 7. Aufl. 1979; zitiert: Bearbeiter in . . .
Hanau, Peter: Das Verhältnis des Mitbestimmungsgesetzes zum kollektiven Arbeitsrecht. ZGR 77, 397.
Hanau, Peter/Ulmer, Peter: Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, 1981.
Henkel, Heinrich: Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl. 1977.
Hensche, Detlef: Erweiterung der Mitbestimmung durch privatautonome Regelung, insbesondere in Unternehmen der öffentlichen Hand. AuR 71, 33.
Herschel, Wilhelm: Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. JZ 67, 727.
Herschel, Wilhelm: Zur Geheimhaltung der Betriebsrätewahl. DB 63, 1046.
v. Heyl, Arnulf: Wahlfreiheit und Wahlprüfung. 1975.
Hoechel, Thomas: Die Wahlmänner im Mitbestimmungsgesetz 1976, Freiburger Dissertation 1979.
Hoffmann, Dietrich/Lehmann, Jürgen/Weinmann, Heinz: Mitbestimmungsgesetz, Kommentar. 1978.
Huber, E. R.: Die Nichtigkeit der Handelsgesellschaften und ihre Beschlüsse in verwaltungsrechtlicher Betrachtung. Vers.-Archiv 37 (1932) 1.
Hübner, Heinz: Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften in: Festschrift für Franz Wieacker. 1978, S. 399.
Hueck, Alfred: Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften. 1924.
Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd. I, 7. Aufl. 1963. Bd. II, 1. Halbband, 7. Aufl. 1967; 2. Halbband, 7. Aufl. 1970.
Hueck, Götz: Zur Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. RdA 75, 35.
Kittner, Michael/Fuchs, Harald/Zachert, Ulrich: Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Teil I und II, 1977.
Klausing, Friedrich: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nebst Einführungsgesetz und Amtlicher Begründung. Teil 2, 1937.
Kötter, Hans-Wilhelm: Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz mit Erläuterungen. 1958.
Kötter, Hans-Wilhelm: Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie; Kommentar. 1952.
Kropff: Aktiengesetz, Textausgabe mit Begründung des Regierungsentwurfs, Bericht des Rechtsausschusses. 1965.
Kuhlen, Lothar: Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie. 1977.
Kunze, Otto: Mangelnde gesetzliche Befähigung zum Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft. RdA 56, 125.
Kunze, Otto: Unternehmensverband und Unternehmensgröße, in: Festschrift für Robert Fischer. 1979, S. 365ff.
Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 4. Aufl. 1979.
Lehmann, Heinrich/Hübner, Heinz: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 16. Aufl. 1966.
Lehmann, Rudolf: Vollständigkeit und Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrates im Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen (Westzonen). BB 51, 824.
Lippert, Hans-Dieter: Die Globalwahl zum Aufsichtsrat im Lichte der Rechtsprechung des BGH zur Blockwahl in politischen Parteien. AG 76, 239.
Lux, Hans-Joachim: Die Einleitung der Arbeitnehmervertreterwahl nach dem Mitbestimmungsgesetz. BB 77, 905.
Mansfeld, Werner: Kommentar zum Betriebsrätegesetz. 3. Aufl. 1930.
Martens, Klaus-Peter: Mitbestimmungsrecht und Prozeßrecht. ZGR 77, 385.

Matthes, Hans-Christoph: Das Verhältnis der Anfechtung der Wahl der Wahlmänner zur Anfechtung der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder. DB 78, 635.
Maurer, Hartmut: Die verfassungswidrige Bundestagswahl. 1969.
Meilicke, Heinz/Meilicke, Wienand: Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz 1976. 1976.
Mertens, Hans-Joachim: in Kölner Kommentar, Bd. 1, 4. Lieferung §§ 95–117, 1973.
Müller, Gerhard/Lehmann, Rudolf: Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen. 1952.
Müller, Gerhard: Zur Anfechtung der Betriebsratswahl; in Festschrift für Schnorr von Carolsfeld 1972, S. 367.
Naendrup, Peter-Hubert: Mitbestimmungsgesetz und Organisationsfreiheit. AuR 77, 225.
Niedenhoff, H. U.: Aufsichtsratswahlen 1977/78; Langwieriger Weg zum Wahlergebnis. ArbuSozPol. 78, 430.
Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 1966.
Obermüller, Walter/Werner, Winfried/Winden, Kurt: Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft. 3. Aufl. 1967.
Pawlowski, Hans-Martin: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen. 1966.
Philipp, Wolfgang: Rechtliche Risiken des Wahlmännerverfahrens nach dem Mitbestimmungsgesetz. BB 77, 549.
Raiser, Thomas: Mitbestimmungsgesetz nebst Wahlordnungen, Kommentar. 1977.
Raiser, Thomas: Paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden. RdA 72, 65.
Raiser, Thomas: Privatautonome Mitbestimmungsregelungen. BB 77, 1461.
Reich, Norbert/Lewerenz, Karl-Jochen: Das neue Mitbestimmungsgesetz. AuR 1976, 261.
Reuter, Dieter und Körnig, Jürgen: Mitbestimmung und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit. ZHR 140 (1976), 494.
Rummel, Hans, Georg: Die Mangelhaftigkeit von Aufsichtsratswahlen der Hauptversammlung nach dem neuen Aktiengesetz. Kölner Dissertation, 1969.
Säcker, Franz-Jürgen: Die Anpassung der Satzung der Aktiengesellschaft an das Mitbestimmungsgesetz. DB 77, 1791.
Säcker, Franz-Jürgen: Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz. 1978.
Schlosser, Peter: Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile. 1966.
Schmidt, Karsten: Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen. Die AG 1977, 205, 243.
Schmidt, Karsten: Zum Streitgegenstand von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen im Gesellschaftsrecht. JZ 77, 769.
Schmiemann, Klaus: Wahlprüfung im Kommunalwahlrecht. 1972.
Schnorr, Gerhard: Wechselwirkungen zwischen Gesellschaftsrecht und Betriebsverfassungsgesetz bei der Aufsichtsratswahl. AuR 53, 65.
Scholz: Kommentar zum GmbH-Gesetz. 6. Aufl. 1978.
Scholz, Franz: Die Rechtssicherheit. 1955.
Scholz, Franz: Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen und Rechtssicherheit. GmbH-Rundschau 1952, 161 und 1954, 65.
Scholz, Rupert: Verfassungsrechtliche Fragen zur befristeten Fortgeltung der Montan-Mitbestimmung. Die AG 72, 195.
Schröder, Jochen: Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats;- und Betriebsratswahlen. 1979.
Schwegler, Lorenz: Das neue Mitbestimmungsgesetz aus gewerkschaftlicher Sicht. BlStSoz ArbR 76, 168.
Schwela, Martin: Anfechtung der Wahl von Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat. BB 63, 1375.
Schwerdtfeger, Gunther: Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz. 1972.
Seifert, Karl-Heinz: Bundeswahlrecht, Kommentar. 3. Aufl. 1976.
Simitis, Spiros: Die faktischen Vertragsverhältnisse. 1957.

Spieker, Wolfgang: Handbuch für Aufsichtsräte, Bd. I: Rechtliche Grundlagen, 1958.
Steindorff, Ernst: Kommanditgesellschaft auf Aktien und Mitbestimmung, in: Festschrift für Ballerstedt 1975, S. 127.
Steinmann, Horst: Das Großunternehmen im Interessenkonflikt. 1969.
Thiele, Wolfgang: Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar. 1. Band, 2. Bearbeitung, 1979.
Thieme, Werner: Evidenz und Nichtigkeit. DöV 62, 686.
Ulatovski, Holger: BR-Wahl in einem Kleinbetrieb, in Betriebsräte berichten. Herausgegeben für den Werkkreis Literatur der Arbeitswelt von Heinrich Droege, Rudi Kaske u. a. 1977, S. 43.
Ulmer, Peter: Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision. NJW 80, 1603.
Ulmer, Peter: Die Anpassung der Satzungen mitbestimmter Aktiengesellschaften an das Mitbestimmungsgesetz 1976. 1980.
Unterhinninghofen, Hermann: Aufsichtsratswahlen 1978: Erfolge und Probleme. GewMon. Hefte 78, 654.
Wehr, Eberhard: Anfechtung und Nichtigkeit von Betriebsratswahlen. DB 59, 376.
Werner, Winfried: Ausgewählte Fragen zum Aktienrecht. AG 72, 93, 137.
Wiedemann, Herbert: Aufgaben und Grenzen der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer. BB 78, 5.
Wiedemann, Herbert: Gesellschaftsrecht. Bd. I: Grundlagen. 1980.
Wlotzke, Otfried: Zusammensetzung und Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer. ZGR 77, 355.
Zeuner, Albrecht: Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen. 1974.
Zöllner, Wolfgang: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden. 1963.
Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz. Bd. 1, 4. Lieferung §§ 118–147 und Bd. 2., 5. Lieferung §§ 241–290, 1976.

Lebenslauf

Am 22.6.1952 wurde ich in Stuttgart als Sohn der Christa Held, geborene Budig, und des technischen Angestellten Erwin Held geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Am 8. Juni 1971 legte ich am Wilhelmsgymnasium in Stuttgart die Reifeprüfung ab.

Im Wintersemester 1971/72 begann ich an der Universität Tübingen mit dem Studium der Rechtswissenschaften, das ich dort nach 9 Semestern am 8.6.1976 mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung beendete. Die Zweite Juristische Staatsprüfung legte ich am 22.12.1978 in Stuttgart ab.

Vom 1. Juli 1976 bis zum 31. März 1980 war ich wissenschaftliche Hilfskraft an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen bei Professor Dr. Zöllner.

Seit Februar 1979 bin ich als Rechtsanwalt in Reutlingen tätig.